HABEAS CORPUS Nº 497.239 - SC (2019/0065818-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	JOSIMAR XAVIER DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. AMEAÇA. LEI N.º 11.340/2006. AGRAVANTE DO ARTIGO 61, INCISO II, *F*, DO CÓDIGO PENAL. *BIS IN IDEM.* INOCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. 4 (QUATRO) DELITOS. FRAÇÃO CORRETA: 1/4 (UM QUARTO). PRECEDENTES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA IMPOSTA. NECESSIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSIMAR XAVIER DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proferido na Apelação Criminal n.º 0012406-52.2016.8.24.0033.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado pela prática do delito capitulado no art. 147, *caput*, do Código Penal, c.c. o art. 7.º, inciso II, da Lei n.º 11.340/2006 Código Penal, por quatro vezes em continuidade delitiva, à pena de 1 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de detenção, em regime inicial semiaberto.

A apelação defensiva foi desprovida em acórdão assim ementado (fl. 204):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO (ART. 147,* CAPUT, *DO CÓDIGO PENAL, COM A INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/06). RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS COERENTES DA VÍTIMA ALIADOS AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. AGENTE QUE, VOLUNTÁRIA E CONSCIENTEMENTE, PROFERE AMEAÇA CONTRA A SUA EX-COMPANHEIRA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO NO MOMENTO EM QUE A OFENSA ALCANÇA A VÍTIMA, BASTANDO SEU POTENCIAL INTIMIDADOR. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
>
> *Quem ameaça de mal injusto e grave sua ex- companheira comete, de fato, o delito delineado no art. 147,* caput, *do Código Penal.*

> *Logo, impossível a absolvição quando cabalmente comprovada a ocorrência do delito e sua autoria, bem como o dolo específico na ação do réu.*"

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 267-276).

Neste *writ*, a Impetrante sustenta que "*há flagrante* bis in idem *entre a aplicação da agravante prevista na alínea f do art. 61, II, do CP e a aplicação da Lei 11.340/06 ao presente caso*" (fl. 6).

Aduz que, em relação ao crime de ameaça, o Código Penal estabelece, "*em seu preceito secundário como consequência da conduta proibida, a pena de multa de forma alternativa (aplicável isoladamente)*" (fl. 7).

Argumenta que, "*em relação às infrações penais que cominam pena de multa alternativa, a Lei 11.340/06 provoca um agravamento específico da pena, qual seja, o afastamento da pena mínima (multa isolada) cominada às infrações penais*" (fl. 09).

Conclui que "*não há dúvidas que, no caso concreto, a circunstância de as infrações terem sido praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas já serviu para agravar a pena (em abstrato) cominada à infração penal de ameaça (com a exclusão da pena mínima de multa), de modo que a incidência da agravante prevista no art. 61, II, f, do CP na segunda fase da dosimetria penal constitui inegável* bis in idem" (fl. 10).

Sustenta, ainda, que, ao reconhecer a ocorrência de quatro delitos em continuidade delitiva, o Juiz sentenciante majorou indevidamente a reprimenda em 1/3 (um terço), quando a fração correta deveria ser 1/4 (um quarto).

Pede, liminarmente e no mérito, para que seja excluída a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *f*, do Código Penal, da pena imposta ao Paciente, reconhecendo-se o *bis in idem*, e seja aplicada a fração de aumento correta na terceira fase da dosimetria penal.

Deferi o pedido parcialmente o pedido liminar, nos termos da decisão de fls. 306-311, para modificar o percentual de aumento em razão da continuidade delitiva.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 315-363, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício,

concernente ao aumento de pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva (fls. 367-372).

É o relatório. Decido.

No caso, o Tribunal *a quo* manteve a individualização da pena aplicada pela sentença de primeiro grau, com a seguinte fundamentação (fls. 273-276):

> *"[...] não existe bis in idem no reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal em relação aos crimes de ameaça, haja vista que tal circunstância não é elementar do tipo penal descrito no art. 147 do Código Penal.*
>
> *Ademais, as vedações previstas na Lei 11.340/06, tal como a descrita no artigo 17, que impossibilita aplicação da pena de multa isoladamente, visam recrudescer o tratamento dado para a violência doméstica e familiar contra a mulher.* 'Contudo, diferentemente do que quer fazer entender o embargante não serve como justificativa para afastar a agravante prevista no art. 61, II, 'f', do CP, por se equiparar a uma qualificadora, notadamente porque não se trata de elementar dos injustos penais cometidas no âmbito da violência doméstica e familiar. Ao contrário, tal vedação busca afastar a sensação de impunidade, vindo ao encontro da natureza afirmativa e protetiva da Lei n. 11.340/06' *(TJSC - Embargos de Declaração n. 0137948-56.2013.8.24.0075, de Tubarão, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 08/05/2018).*
>
> *[...]*
>
> *Do mesmo modo, também não há de se falar em ilegalidade da sentença no ponto em que o Magistrado empregou a fração de 1/3 (um terço) para exasperação da pena decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva.*
>
> *Isso porque a fixação da pena é um* "[...] processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena) deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)". *(NUCCI, Guilherme. Código Penal comentado. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 393).*
>
> *Nesse sentido, frisa-se que o Togado a quo fixou a fração de 1/3 (um terço) quando do reconhecimento da continuidade delitiva entre os 04 (quatro) crimes de ameaça perpetrados pelo réu/embargante, patamar este que está dentro do limite legalmente previsto no art. 71 do Código Penal, in verbis:*
>
> *'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'.*

De início, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não há *bis in idem* na aplicação da causa especial de aumento de pena pelo fato de o crime ser cometido com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher, em caso de crimes processados sob o rito da Lei Maria da Penha, pois a agravante foi acrescida pela própria Lei n.º 11.340/2006, com o intuito de recrudescer a punição pelos delitos de que trata.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ALEGADO* BIS IN IDEM *DO MOTIVO TORPE COM A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA 'F', DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Verifica-se que o acórdão recorrido apreciou as teses defensivas com base nos fundamentos de fato e de direito que entendeu relevantes e suficientes à compreensão e solução da controvérsia, o que, na hipótese, revelou-se suficiente ao exercício do direito de defesa, inexistindo qualquer omissão.*
>
> *2. O Tribunal* a quo *decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe (vingança contra ex-namorada) de qualificadora de natureza subjetiva, e o fato de a vítima e o acusado terem mantido relacionamento afetivo por anos, sendo certo, que o crime se deu com violência contra a mulher na forma da Lei n° 11.340/2006, ser uma agravante de cunho objetivo, não se pode falar em* bis in idem *no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto.*
>
> *3. Nessa linha, trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Felix Fischer, REsp n. 1.707.113/MG (DJ 07/12/2017), no qual destacou que considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o* animus *do agente não é objeto de análise.*
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 1.741.418/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE E AMEAÇA. AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. RITO DA LEI MARIA DA PENHA.* BIS IN IDEM. *INOCORRÊNCIA. 1. Nos termos do entendimento desta Corte Superior,*

> *"a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, f, do CP, de modo conjunto com outras disposições da Lei n. 11.340/06 não acarreta* bis in idem*, pois a Lei Maria da Penha visou recrudescer o tratamento dado para a violência doméstica e familiar contra a mulher" (AgRg no AREsp 1.079.004/SE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 28/06/2017).*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 1.157.953/SE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017.)

De outro lado, com relação à fração de aumento relativa à continuidade delitiva, verifico que o Juiz sentenciante utilizou a seguinte fundamentação (fl. 147-148; sem grifos no original.):

> "*Alcançando a terceira parte do cálculo das penas, ausentes causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena, torno definitiva a pena em 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção.*
>
> ***Diante da prática de quatro delitos de forma continuada, nos termos do art. 71 do Código Penal, aplico a fração de um terço para aumentar a pena em 11 (onze) dias****, totalizando 01 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de detenção.*"

O Tribunal *a quo*, ao rejeitar os embargos de declaração defensivos, considerou o seguinte (fls. 275-276; sem grifos no original):

> "*Do mesmo modo, também não há de se falar em ilegalidade da sentença no ponto em que o Magistrado empregou a fração de 1/3 (um terço) para exasperação da pena decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva.*
>
> *Isso porque a fixação da pena é um "[...]* processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena) deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)*". (NUCCI, Guilherme. Código Penal comentado. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 393).*
>
> *Nesse sentido, frisa-se que o Togado* a quo *fixou a fração de 1/3 (um terço) quando do reconhecimento da continuidade delitiva entre os 04 (quatro) crimes de ameaça perpetrados pelo réu/embargante, patamar este que está dentro do limite legalmente previsto no art. 71 do Código Penal,* in verbis*: "*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".

***Dessarte, muito embora este Relator se filie ao consagrado posicionamento desta Corte, no sentido de que "[...]* a fração de aumento deve ser estabelecida de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando- se 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*" (STJ, Min. Jorge Mussi)". (Apelação Criminal n. 0904063-27.2016.8.24.0038, de Joinville, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 14/08/2018), não há de se falar, no presente caso, em manifesta ilegalidade, hábil a ser corrigida em sede de embargos de declaração*."

Dessa forma, verifica-se que as instâncias ordinárias decidiram em dissonância com entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao *caput* do art. 71 do Código Penal, de que o *quantum* de aumento deve ser fixado observando-se a quantidade de infrações cometidas.

É cediço que, quanto à continuidade delitiva, o entendimento desta Corte é no sentido de que se aplica a fração de aumento de 1/6 (um sexto) pela prática de 2 infrações; 1/5 (um quinto) para 3 infrações; 1/4 (um quarto) para 4 infrações; 1/3 (um terço) para 5 infrações; 1/2 (metade), para 6 infrações e 2/3 (dois terços) para 7 ou mais infrações.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. *ART. 1.º, INCISO IV, C.C. OS ARTS. 11 E 12, TODOS DA LEI N.º 8.137/1990. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL NA PRIMEIRA FASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO SUPORTADO PELA ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE 2/3. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ORDEM DENEGADA.*

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal está devidamente fundamentada na avaliação negativa das consequências do crime, tendo em vista o expressivo valor do prejuízo causado aos cofres públicos (R$ 7.518.343,45). Precedentes do STJ.

2. Quanto à continuidade delitiva, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que se aplica 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.

3. Ordem de habeas corpus *denegada*" (HC 464.514/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 19/12/2018; sem grifos no original.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. *ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA.*

DOSIMETRIA. QUANTUM *DE AUMENTO DA PENA PELO CRIME CONTINUADO. NÚMERO DE DELITOS PRATICADOS. COMPROVAÇÃO DE 5 INFRAÇÕES. FRAÇÃO DE 1/3. INALTERADO O QUADRO FÁTICO DELIMITADO NA ORIGEM. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

- Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, 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 (HC n. 342.475/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/2/2016).

[...]

- *Agravo regimental desprovido."* (AgRg no HC 468.063/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe de 29/10/2018.)

"*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE CRIMES PRATICADOS. TRÊS INFRAÇÕES DELITIVAS. FRAÇÃO DE 1/5. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. QUANTUM REDUZIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*

1. A decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que se, a fração referente à continuidade delitiva deve ser firmada de acordo com o número de delitos cometidos. Assim, aplica-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.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 472.288/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe de 14/12/2018.)

Portanto, como na segunda fase da dosimetria penal a reprimenda ficou fixada em 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de detenção, e as instâncias ordinárias reconheceram a ocorrência de quatro infrações de ameaça em continuidade delitiva, o *quantum* de aumento a ser aplicado na terceira fase da dosimetria penal é de 1/4 (um quarto), um seja, 8 (oito) dias.

Assim, a reprimenda imposta ao Paciente deve ser estabelecida em um total de **1 (um) mês e 13 (treze) dias de detenção**, permanecendo inalterado o regime

prisional inicialmente semiaberto, em razão da reincidência.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para redimensionar a pena, nos termos acima consignados, tornando-a definitiva em **1 (um) mês e 13 (treze) dias de detenção**, mantido o regime prisional inicialmente semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora