HABEAS CORPUS Nº 508.039 - SP (2019/0125298-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCIANO PERUSE DOS SANTOS FRANCISCO
PACIENTE	:	MATHEUS FERREIRA DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de LUCIANO PERUSE DOS SANTOS FRANCISCO e MATHEUS FERREIRA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000766-64.2018.8.26.0635.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, como incursos nas sanções do art. 155, § 4°, incisos I e IV, e artigo 155, § 4º, incisos I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória.

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*.

Nesta via, sustenta a impetrante, em síntese, ausência de fundamentação idônea a motivar o reconhecimento do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, pois não foi realizado o laudo pericial.

Assevera que a comprovação da materialidade do crime é feita pela análise dos vestígios do delito, razão pela qual é imprescindível a perícia, não podendo haver sua substituição por depoimento testemunhal ou pela confissão do agente, a teor do art. 158 do Código de Processo Penal.

Declara, ainda, que a fração de aumento em 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria, pela continuidade delitiva, teria sido aplicada de forma manifestamente desproporcional, sendo necessária a sua modulação de acordo com o número de infrações cometidas.

Requer ao final, o afastamento da qualificadora prevista no artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, bem como a redução do aumento decorrente da continuidade delitiva para 1/6 (um sexto).

Não houve pedido liminar.

O MPF, às fls. 44-48, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, §

2º, do Código de Processo Penal.

Insta consignar que o artigo 158 do Código de Processo Penal estabelece que "*quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado*".

Por outro lado, o artigo 167 do mesmo diploma legal preceitua que "*não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*".

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, extrai-se que a perícia é essencial para comprovar a materialidade delitiva quando o crime deixa vestígios, admitindo-se a prova testemunhal quando estes não estiverem mais presentes.

Sobre o assunto, esta é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"**Alternativa do exame de corpo de delito:** especificou o art. 158 antecedente que, nas infrações que deixarem vestígios materiais, será indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto. Assim, é preciso que os peritos façam a análise da causa mortis ou dos rastros deixados pelo delito, podendo ser lesões corporais, sinais de arrombamento, causas de um incêndio, entre outros fatores, conforme a natureza do crime. Entretanto, pode ser que os vestígios tenham desaparecido, o que, geralmente, ocorre quando o delinqüente faz o possível para ocultar sua ação. Nessas situações, quando o cadáver é perdido por qualquer causa, ou é destruído pelo agente, quando as lesões leves, uma vez curadas, desaparecem, quando a vítima troca a porta arrombada, desfazendo-se de vez da anterior, enfim, inexistindo possibilidade dos peritos terem acesso, ainda que indireto ao objeto a ser analisado, pode-se suprir o exame de corpo de delito por testemunhas. As pessoas podem narrar ao juiz o que viram, v.g., o momento em que o agente desferiu tiros na vítima e esta caiu de um despenhadeiro, desaparecendo nas águas do oceano. Baseado nisso, forma-se a materialidade do homicídio, permitindo, então, a punição do réu. (...) Acrescente-se, ainda, não ser válida a formação de corpo de delito indireto (por testemunhas), quando a responsabilidade pelo sumiço dos rastros deve-se, exclusivamente, à desídia (ou outra causa similar) dos agentes do Estado. Portanto, se o objeto da análise pericial deixou de existir porque não houve efetivação da perícia a tempo, em virtude de descaso estatal, a prova testemunhal é imprestável." (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 381/382).*

No que se refere especificamente ao crime de furto com rompimento de obstáculo, cumpre trazer à baila a redação do artigo 171 da Lei Penal Adjetiva:

> *Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.*

Verifica-se, assim, que a aludida norma processual penal confirma a necessidade de realização de perícia para a comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo, que somente pode ser substituída por outras provas quando os vestígios desaparecerem, não existirem, ou o exame técnico não for passível de implementação.

A propósito, Guilherme de Souza Nucci explica que "*é imperioso que, existindo rompimento ou destruição de obstáculo, possam os peritos atestar tal fato, pois facilmente perceptíveis*", podendo-se suprir o exame pericial "*somente quando os vestígios tiverem desparecido por completo e o lugar tenha se tornado impróprio para a constatação dos peritos*" (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 392).

No mesmo norte orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE FOLHA DE ANTECEDENTES. INVIÁVEL APRECIAÇÃO DA ALEGADA ILEGALIDADE COMETIDA PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA MULTIRREINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
>
> *2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.*
>
> *3. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito.***

4. In casu, depreende-se dos autos que houve arrombamento da porta da sala para acesso do paciente ao interior da residência, de acordo com a palavras da própria vítima, de testemunhas, associadas à confissão do réu, que permitem o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, sem que se possa falar em ofensa ao art. 171 do CPP. Isso porque o exame pericial ficou prejudicado pela desaparecimento dos vestígios do corpo de delito, haja vista o reparo realizado na fechadura pela vítima, dada a inviabilidade de esperar pela perícia, deixando desguarnecida a residência, que funciona igualmente como consultório odontológico. Outrossim, conquanto o laudo ateste a inoperância da fechadura dos fundos, tal fato não seria suficiente, segundo se constatou do arcabouço probatório, para concluir pela não ocorrência do arrombamento, porquanto as demais provas encontram-se em sentido contrário. De qualquer modo, alterar a conclusão sobre a ocorrência do arrombamento, decorrente da valoração das provas, inserir-se-ia no contexto de revolvimento fático-probatório, o que é inviável nesta sumária via.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao quantum da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o bis in idem.

6. Contrariamente ao que foi alegado pelo impetrante, as instâncias ordinárias individualizaram as três condenações transitadas em julgado, utilizadas para desabonar os antecedentes e, da mesma forma, aquelas duas, para agravar a pena em 1/3, sob o título de reincidência. Como o rito especial do habeas corpus exige a juntada de prova pré-constituída documental para sua instrução, trata-se de ônus probatório do impetrante demonstrar cabalmente o excesso das instâncias inferiores, em razão de eventual bis in idem, até porque o dominus litis não se manifesta em habeas corpus. Não fosse assim, qualquer alegação de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do thema decidendum da ação penal seria presumida verdadeira, sem o confronto do titular da ação penal. Por conseguinte, ausentes as folhas de antecedentes, o inadimplemento no cumprimento do ônus processual do impetrante culmina na não comprovação de ilegalidade dos fatos utilizados como antecedentes e para a multirreincidência, todos atestados na sentença condenatória e no acórdão impugnado.

7. O concurso entre circunstâncias agravante e atenuante de idêntico valor redunda em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido, a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena. Outrossim, a Terceira Seção, no julgamento do Habeas Corpus 365.963/SP, firmou a jurisprudência no

sentido que a especificidade da reincidência não obstacutaliza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

8. No caso, conquanto a reincidência específica não obste a requerida compensação, o Tribunal de origem constatou haver multirreincidência a ser valorada na segunda fase da dosimetria, conclusão essa que não pode ser infirmada diante da deficiência da instrução dos autos, pois o impetrante olvidou-se de acostar cópia dos antecedentes do ora paciente. Nesse contexto, deve prevalecer a constatada multirreincidência sobre a confissão espontânea.

9. Não há, pois, ilegalidade na dosimetria da pena, porque se evidencia na pena fixada que as instâncias ordinárias consideraram a atenuante da confissão na segunda etapa do modelo trifásico, tendo em vista que, de fato, a confissão foi utilizada como fundamento da sentença condenatória e do acórdão, claramente servindo de elemento de convicção, mesmo que parcial, da materialidade e autoria do crime. Tratando-se de dois fatos ensejadores de multirreincidência, a confissão espontânea deve ser compensada com um deles, remanescendo, pois, exasperação de 1/6 na segunda fase de dosimetria da pena.

10. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 462.137/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. POSSE MANSA E TRANQUILA. SISTEMA DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA. CONSUMAÇÃO. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PERÍCIA NÃO REALIZADA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO LAUDO PERICIAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Segundo a orientação firmada nesta Corte Superior de Justiça, pode o Relator, monocraticamente, dar ou negar provimento a recurso especial quando houver entendimento dominante sobre a matéria no Tribunal. É o que está sedimentado na Súmula n.º 568 do STJ.

Ademais, a possibilidade de submeter a matéria ao exame do órgão colegiado por meio do agravo regimental afasta a arguida ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes.

2. Nos termos do art. 258 do Regimento Interno deste Superior

Tribunal de Justiça, o agravo regimental relativo à matéria penal em geral será apresentado em mesa, para que o órgão colegiado sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. Além disso, o art. 159, inciso IV, do RISTJ também afasta a realização de sustentação oral no julgamento do agravo regimental, salvo expressa disposição legal em contrário, o que não constitui a hipótese dos autos. Precedente da Terceira Seção.

3. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar ambiguidade, esclarecer obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, vícios inexistentes na hipótese.

4. Conforme a orientação firmada nesta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1.524.450/RJ, realizado sob o rito dos recursos repetitivos, "[c]onsuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição do agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada" (REsp n.º 1.524.450/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015).

5. Ademais, "[a] existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial" (REsp Repetitivo n.º 1.385.621/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015).

6. Para se desconstituir o entendimento firmado pela Corte de origem no sentido da não ocorrência da desistência voluntária, seria necessário proceder ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível na via do recurso especial, conforme disposto no enunciado da Súmula n.º 7 desta Corte. Precedentes.

*7. **Segundo o entendimento desta Corte, é imprescindível a realização do exame de corpo de delito para comprovar a materialidade da qualificadora prevista no art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal, sendo possível a sua realização de forma indireta ou, ainda, a prova testemunhal, somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos, situação verificada na hipótese.****

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1344238/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018)"

In casu, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 34-35):

"No caso em tela, inconteste a incidência da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo à subtração da res, sobejamente demonstrada pela prova oral coligida.

Por expressa determinação legal, o exame de corpo de delito é indispensável nas infrações que deixam vestígios (artigo 158 do CPP), podendo, contudo ser suprido pela prova testemunhal quando tenham desaparecido os

> *vestígios, consoante disposto no artigo 167 do Código de Processo Penal.*
> *Destarte, considerando o seguro relato das vítimas, bem como, das testemunhas, possível o reconhecimento da qualificadora.*
> *[...]*
> *Diante de tal cenário, não há que se cogitar de insuficiência de provas, de maneira que de rigor era a condenação dos acusados, ora apelantes."*

Na presente hipótese, da leitura do excerto supra, verifica-se que as instâncias ordinárias não demonstraram a dispensabilidade da perícia técnica, a qual só poderá ser substituída por outras provas quando desaparecer o objeto, o que não ocorreu no presente caso do autos.

Assim, impõe-se o afastamento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Quanto ao aumento decorrente da continuidade delitiva, assim se manifestou a Corte estadual (e-STJ fl. 35):

> *"Por fim, pelo correto reconhecimento da continuidade delitiva, a pena do delito consumado foi acrescida em 1/3, o que será mantido. O aumento foi aplicado de forma fundamentada pelo Juízo, de acordo com o caso concreto, resultando definitiva na ausência de demais causas a influírem na dosimetria"*

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou a tese de que a fração utilizada no crime continuado 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.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EMBARAÇO ÀS INVESTIGAÇÕES DE CRIMES RELACIONADOS A ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. EXTORSÃO MAJORADA (2 VEZES). CONCUSSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA COMUM E ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE AUMENTO. EXCESSO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.*
> *1. **Esta Corte Superior possui o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para três infrações; 1/4 para quatro infrações; 1/3 para cinco infrações; 1/2 para seis infrações e 2/3 para sete ou mais infrações.***
> *2. Já para a continuidade delitiva específica, a exasperação da pena deverá levar em conta não somente o número de crimes praticados, mas a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, por expressa previsão do art. 71, parágrafo único, do CP. 3. Se*

o réu praticou dois crimes previstos na Lei n. 12.850/2013, em continuação, incide o percentual de 1/6.
4. Relativamente às extorsões majoradas, em atenção ao número de infrações (duas) e à análise desfavorável das circunstâncias do crime, é de rigor a incidência de fração um pouco acima do mínimo legal, em 1/5.
5. Habeas corpus concedido para reduzir as frações de aumento da continuidade delitiva e, em consequência, redimensionar a pena final do paciente, nos termos do voto.
(HC 486.118/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019)"

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIO (ART. 1º, INCISOS I E II, C/C ART. 12, INCISO I, DA LEI N. 8.138/90). EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. FRAÇÃO DE AUMENTO PROPORCIONAL. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO INCISO I DO ART. 12 DA LEI 8.137/90. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE COTEJO ANALÍTICO DE FATOS E PROVAS. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.
II - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).
III - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.
*IV - **Esta Corte de Justiça sedimentou sua jurisprudência no sentido de que na fixação do quantum de aumento de pena pela continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas.***
Nessa senda, tendo as instâncias ordinárias registrado que o paciente praticou dezenas de operações de sonegação fiscal, julgo correta a fixação da fração no patamar máximo - 2/3.
V - Alegação de que o valor indicado na denúncia não configuraria o

> *grave dano à coletividade, exige o cotejo analítico de fatos e provas, mesmo a comparação com valores indicados pela doutrina e jurisprudência, para se concluir que estaria configurada ou não, a causa de aumento legalmente estabelecida no inciso I do art. 12 da Lei n. 8.137/90, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.*
> *VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.*
> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 487.565/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)"*

Por conseguinte, considerando-se que houve a prática de 2 (dois) crimes de roubo, as penas cominadas aos réus mostram-se desproporcionais, sendo devida a redução para o patamar de 1/6 (um sexto) adequado e razoável ao caso.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do RISTJ, **não se conhece** da impetração, mas **concede-se *habeas corpus*, de ofício**, para afastar a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, bem como aplicar a fração de 1/6 (um sexto) referente a continuidade delitiva, devendo os autos serem devolvidos ao juízo competente para a realização de nova dosimetria das penas dos pacientes.

Publique-se e intime-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator