

HABEAS CORPUS Nº 285.589 - MG (2013/0420389-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DANIEL AUGUSTO CYPRIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DANIEL AUGUSTO CYPRIANO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. PROIBIÇÃO DO **NE BIS IN IDEM**. PACIENTE CONDENADO DUAS VEZES PELOS MESMOS FATOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR; Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Não obstante as nuances constantes dos decretos condenatórios relativamente aos bens subtraídos pelo paciente, é evidente que as condenações incidiram sobre o mesmo fato criminoso, implicando em indevido **bis in idem** em desfavor do paciente.

IV - Malgrado o roubo cometido contra a vítima Paulo José de Oliveira, gerente do estabelecimento bancário, não tenha sido apreciado na primeira ação, vindo à tona apenas no segundo processo, ele também se encontra sob o âmbito de incidência do princípio **ne bis in idem**, porque fora praticado no mesmo contexto fático da primeira ação, podendo ser levado ao conhecimento do juízo de origem já naquela oportunidade, o que não ocorreu.

V - Não há se falar em arquivamento implícito, rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência pátria, porque não se cuida, **in casu**, de fatos diversos, mas

Superior Tribunal de Justiça

sim de um mesmo fato com desdobramentos diversos e apreciáveis ao tempo da instauração da primeira ação penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para anular a ação penal n. 04504661-2**, que tramitou perante o d. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, por violação ao princípio **ne bis in idem**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator

HABEAS CORPUS Nº 285.589 - MG (2013/0420389-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado, em benefício próprio, por DANIEL AUGUSTO CYPRIANO, em face de v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O impetrante/paciente foi condenado às penas de 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 210 (duzentos e dez) dias-multa pela prática da conduta vedada pelo art. 157, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, a qual restou provida em parte apenas para reconhecer a atenuante da menoridade relativa, bem como para reduzir o aumento promovido pela incidência das causas de aumento do roubo de 1/2 (metade) para 3/8 (três oitavos), redimensionando a reprimenda para **9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias** de reclusão, em regime inicial fechado, e 164 (cento e sessenta e quatro) dias-multa. Eis a ementa do aresto vergastado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBOS MAJORADOS PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE PESSOAS - PENAS-BASE - OBSERVÂNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DOS ARTS. 59 E 68 DO CÓDIGO PENAL - MANUTENÇÃO - RÉU MENOR DE 21 ANOS NA DATA DOS FATOS - ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA RECONHECIDA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RETRATAÇÃO EM JUÍZO - BENEFÍCIO INCABÍVEL - CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO - 'QUANTUM' DE EXASPERAÇÃO QUE DEVE SER ESTABELECIDO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS REAIS DO DELITO PRATICADO - PENAS RETIFICADAS - REGIME PRISIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE ABRANDAMENTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - Examinados com acuidade os elementos circunstanciais do delito, obedecidas as disposições dos arts. 59 e 68 do CP, não há que se falar em redução das penas-base aplicadas. - Comprovado que o réu era menor de 21 anos na data do fato criminoso, é de rigor o

Superior Tribunal de Justiça

reconhecimento da atenuante da menoridade relativa.

- O agente que se retrata em juízo não pode se beneficiar da circunstância atenuante do art. 65, III, 'd', do CP, mormente quando demonstrada a autoria delitiva pelas precisas declarações das vítimas, aliadas aos demais elementos materiais carreados, servindo a confissão prestada perante a autoridade policial apenas de sustento às provas produzidas. - O 'quantum' de aumento em razão do cúmulo de majorantes deve ser estabelecido de acordo com as reais circunstâncias do delito praticado, com base em dados concretos. - Nos termos do art. 33, §2º, "a", do CP, o condenado a pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (fl. 100).

Daí o presente **writ**, em que sustenta o impetrante/paciente a nulidade da sentença e do processo, uma vez que teria sido condenado anteriormente pelo mesmo fato criminoso, requerendo seja reconhecida a nulidade da segunda condenação e expedido alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida às fls. 116-117.

As informações foram prestadas às fls. 97-114 e 120-151.

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública da União, às fls. 171-180, requereu o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a redução do percentual de aumento aplicado no concurso formal de crimes.

O Ministério Público Federal, às fls. 156-160 e 189-193, opinou pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 285.589 - MG (2013/0420389-9)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. PROIBIÇÃO DO **NE BIS IN IDEM**. PACIENTE CONDENADO DUAS VEZES PELOS MESMOS FATOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR; Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Não obstante as nuances constantes dos decretos condenatórios relativamente aos bens subtraídos pelo paciente, é evidente que as condenações incidiram sobre o mesmo fato

criminoso, implicando em indevido **bis in idem** em desfavor do paciente.

IV - Malgrado o roubo cometido contra a vítima Paulo José de Oliveira, gerente do estabelecimento bancário, não tenha sido apreciado na primeira ação, vindo à tona apenas no segundo processo, ele também se encontra sob o âmbito de incidência do princípio **ne bis in idem**, porque fora praticado no mesmo contexto fático da primeira ação, podendo ser levado ao conhecimento do juízo de origem já naquela oportunidade, o que não ocorreu.

V - Não há se falar em arquivamento implícito, rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência pátria, porque não se cuida, **in casu**, de fatos diversos, mas sim de um mesmo fato com desdobramentos diversos e apreciáveis ao tempo da instauração da primeira ação penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para anular a ação penal n. 04504661-2**, que tramitou perante o d. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, por violação ao princípio **ne bis in idem**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta**

Superior Tribunal de Justiça

Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Pretende o impetrante seja reconhecida a ocorrência de **bis in idem** em virtude de duas condenações pelo mesmo fato criminoso, bem como seja expedido alvará de soltura em seu favor.

Assiste razão ao impetrante.

De fato, depreende-se dos autos que o paciente foi duplamente condenado pelo mesmo fato criminoso, o que viola a garantia constitucional da coisa julgada e o princípio **ne bis in idem**.

Vejamos, inicialmente, trecho constante do relatório da sentença condenatória proferida nos autos da **ação n. 04504658-8** pelo d. Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, em **10 de abril de 2007**, que condenou o paciente à pena de **7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias** de reclusão, na forma do art. 71, do Código Penal:

"[...] Ainda, relata a denúncia que, no dia 09/09/2004, por volta das 10h e 40min, na agência do Banco Citibank,- localizada na rua Espírito Santo, centro, em Belo Horizonte, o denunciado, em unidade de desígnios com terceiro não identificado, mediante grave ameaça aos presentes, consistente no emprego de armas de fogo, anunciaram o assalto e subtraíram para si cerca de R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) dos caixas do referido estabelecimento, além da arma de fogo do segurança que ali trabalhava [...]" (fl. 11).

Agora, reproduzo trecho do relatório da sentença proferida nos autos da **ação n. 04504661-2** pelo d. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Belo

Superior Tribunal de Justiça

Horizonte/MG, em **10 de setembro de 2010**, que condenou o paciente à pena de **12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão**, na forma do art. 70, do Código Penal:

"[...] Versam os presentes autos sobre ação penal pública, proposta em face do acusado em epígrafe, eis que no dia 09 de setembro de 2004, por volta das 10h40, na Rua Espírito Santo, n° 871, Bairro Centro, nesta Capital, teria ele, mediante violência e grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo e em comunhão de desígnios com um indivíduo conhecido como Pacheco, subtraído, para si, a quantia de R\$ 47.000,00 (quarenta e sete mil reais) em dinheiro, do estabelecimento bancário Citibank, além de 01 (um) relógio da marca Rolex e de 01 (uma) pulseira de ouro, de propriedade de Paulo José de Oliveira [...]" (fl. 57).

Não obstante as mínimas variações dos relatórios das sentenças no que tange aos bens subtraídos pelo paciente, é evidente que as condenações incidiram sobre o mesmo fato criminoso, implicando a segunda apenação em indevido **bis in idem** em desfavor do acusado. Nesse diapasão, impende destacar que o referido princípio deve preponderar como decorrência do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático Direito, consoante explicita o inciso III do art. 1º da Constituição Federal.

Assim, em Direito Penal, *"deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do favor rei, favor libertatis e ne bis in idem, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda"* (HC n. 173.397/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 17/3/2011).

Sobre o tema, ainda, enfatizo importante lição do Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**, na obra *"A Proibição de Dupla Persecução Penal"*, Ed. Lumen Juris, 2008, p. 149, **in verbis**:

"Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o ato adquire a autoridade de coisa julgada, tornando-se imutável tanto no processo em que veio a ser proferida a decisão (coisa julgada formal) quanto em qualquer outro processo onde se pretenda discutir o mesmo fato criminoso objeto da decisão original (coisa julgada material).

No direito brasileiro, a sentença condenatória evita se instaure novo processo contra o réu condenado, em razão do mesmo fato, quer para impingir ao sentenciado acusação mais gravosa, quer para aplicar-lhe pena mais elevada."

Superior Tribunal de Justiça

Cumprе ressaltar, oportunaente, que, não obstante o roubo cometido contra a vítima Paulo José de Oliveira, gerente do estabelecimento bancário, não tenha sido apreciado na primeira ação, vindo à tona apenas no segundo processo, ele também se encontra sob o âmbito de incidência do princípio **ne bis in idem**, porque fora praticado no mesmo contexto fático da primeira ação, podendo ser levado ao conhecimento do juízo de origem já naquela oportunidade, o que não ocorreu.

Não há se falar, portanto, em arquivamento implícito, inadmitido pela doutrina e pela jurisprudência pátria, porque, **in casu**, não se cuida de fatos diversos, mas sim de um mesmo fato com desdobramentos diversos e apreciáveis ao tempo da instauração da primeira ação penal.

Colho importante lição de **Keity Saboya**, acerca do que configura identidade de fatos para fins de incidência do princípio **ne bis in idem**:

"[...] Como observado pela doutrina que preconiza a utilização de referenciais jurídicos na construção do conceito de 'mesmos fatos', o fato processual, como acontecimento, corresponde ontologicamente não necessariamente a um único ato, sendo compreendido também por uma pluralidade de atos que se aglutinam em torno de certos elementos polarizadores. E o juízo de subsunção dessa fração individualizável do comportamento do agente pode ser dada em uma perspectiva social - quando a cindibilidade da unicidade fática não for considerada 'natural' -, em uma perspectiva da experiência social da vida - por critérios de unicidade do 'ponto de vista' da sociedade e do próprio agente - e também à luz de uma perspectiva jurídica - decorrentes das normas que preveem e tipificam o fato.

Assim, propõe-se que, na delimitação do conceito de 'mesmos fatos', haja a consideração tanto de referenciais pré-jurídicos como de aspectos normativos. E por 'mesmos fatos' compreende-se, então, o mesmo fato-base ou substancial constante da anterior imputação ou, ainda, a mesma realidade histórica ou núcleo central da infração pela qual o acusado já foi processado, julgado ou condenado.

[...]

Por isso é que, trazida a juízo determinada atividade típica de uma infração, mesmo que haja mudança de alguns elementos do tipo descritos no primeiro processo, não se admitirá nova persecução, em razão da repetição da estrutura básica do fato e manutenção do objeto do processo.

[...]

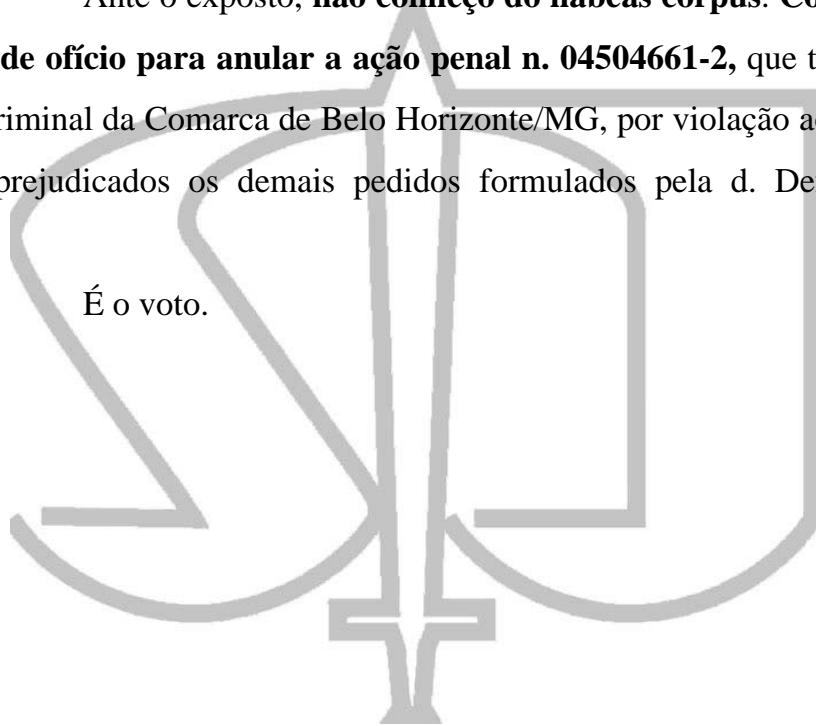
Assim, respondendo a pergunta formulada no início deste tópico, sustenta-se que a proibição (ne) de imposição de mais de uma (bis) consequência jurídico-repressiva pela prática dos mesmos fatos (idem) ocorre, ainda, quando o

Superior Tribunal de Justiça

comportamento definido espaço-temporalmente imputado ao acusado não foi trazido por inteiro para apreciação do juízo. Isso porque o objeto do processo é informado pelo princípio da consunção, pelo qual tudo aquilo que poderia ter sido imputado ao acusado, em referência a dada situação histórica e não o foi, jamais poderá vir a sê-lo novamente. E também se orienta pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, devendo o caso penal ser conhecido e julgado na sua totalidade - unitária e indivisivelmente - e, mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á irrepetivelmente decidido (SABOYA, Keity. **Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 182; 185-186).

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício para anular a ação penal n. 04504661-2**, que tramitou perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, por violação ao princípio **ne bis in idem**, prejudicados os demais pedidos formulados pela d. Defensoria Pública da União.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2013/0420389-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 285.589 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 045046588 10000130801095 10024045046588 45046588

EM MESA

JULGADO: 04/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL AUGUSTO CYPRIANO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : DANIEL AUGUSTO CYPRIANO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.