



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 227.874 - SP (2011/0297948-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO  
**PACIENTE** : ADRIANO VIEIRA DOS SANTOS  
**PACIENTE** : ADENILDO ASSIS VIVEIROS

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. *QUANTUM* DE AUMENTO. TRÊS INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES DESTA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Como é cediço, eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

3. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

4. Atende ao princípio do livre convencimento motivado sentença que adequadamente fundamentou a exasperação da pena-base nos antecedentes criminais, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade.

5. Para se reconhecer a participação de menor importância em favor do paciente, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório contido nos autos, o que não se coaduna com a via estreita do *habeas corpus*. Inviável a aplicação da causa geral de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal.

6. "O percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) deve ser aferido em razão do número de delitos praticados, e não à luz do art. 59 do CP [...]" (HC 136.568/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 13/10/2009).

7. Na hipótese em exame, verificada a prática de roubo contra três vítimas, em concurso formal, a pena deve ser aumentada na fração de 1/5.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir o percentual a título de concurso formal para 1/5, devendo o Juízo da Vara de Execuções redimensionar a pena imposta aos pacientes.

### 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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de novembro de 2014 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 227.874 - SP (2011/0297948-0)**

### RELATÓRIO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ADRIANO VIEIRA DOS SANTOS e ADENILDO ASSIS VIVEIROS, indicando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Extraí-se dos autos que os pacientes foram condenados, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, e 29, *caput*, por três vezes, na forma do art. 70, *caput*, todos do Código Penal, o primeiro à pena de 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, além de ao pagamento de 17 dias-multa; o segundo à pena de 10 anos, 04 meses e 13 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 24 dias-multa (fls. 28/29).

Inconformados, apelaram, tendo a Corte de origem negado provimento aos recursos (fls. 78/89).

Opostos embargos de declaração, não foram conhecidos (fls. 104/108).

No presente *writ*, a impetrante alega a não caracterização do concurso formal, pois "houve somente um ato contínuo, subsumido no roubo, uma vez que a subtração dos cartões telefônicos, armas de fogo, colete balístico e telefone celular se deram em um único *iter criminis*, caracterizando, portanto, um único delito" (fl. 03).

Aduz que, "considerando a gravidade diminuta dos demais crimes praticados, não há que se falar em aumento da pena em 1/3, mas, quando muito, em 1/6, montante que garante os fins da punição penal com razoabilidade e proporcionalidade" (fl. 05).

Sustenta, ainda, que a participação do paciente Adenildo na ação delituosa foi de menor importância (partícipe), razão pela qual sua pena deve ser reduzida em 1/3, nos termos do art. 29 do Código Penal.

Assevera, por fim, que "a existência de dois processos com trânsito em julgado não possui o condão de elevar ao patamar em que foi fixada (aumento de 01 ano), posto que as demais circunstâncias judiciais inseridas no art. 59 do Código Penal são favoráveis ao paciente" Adenildo (fl. 10).

Pleiteia, assim, a redução das penas dos pacientes (fl. 12).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 130/131).

Informações prestadas às fls. 148/162.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

167/171). O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.874 - SP (2011/0297948-0)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Cumprе considerar, inicialmente, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Busca a impetrante, em síntese, o redimensionamento das penas impostas aos pacientes, sob os seguintes argumentos: a) não caracterização do concurso formal; b) a participação do paciente Adenildo foi de menor importância; e c) indevida a exasperação da pena-base do paciente Adenildo em 1 ano, diante da existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes).

Por oportuno, transcrevo os fundamentos exarados pelo Juiz de primeiro grau na ocasião da dosimetria da pena, no que interessa (fls. 20/26):

Em relação ao réu Adriano, não há nenhuma circunstância judicial por ser considerada, motivo pelo qual fixo a pena-base em quatro anos de reclusão. Tampouco há circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Há duas causas de aumento de pena: emprego de arma na grave ameaça exarada contra as vítimas e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II, Código Penal) - a exacerbação varia de um terço até a metade.

De acordo com entendimento do STJ, a mera presença de duas ou mais causas de aumento de pena não acarreta o automático aumento máximo de metade da pena, devendo o magistrado analisar a gravidade concreta das circunstâncias:

[...]

Em se considerando que, no caso concreto, não houve gravidade que justifique o aumento acima do mínimo (utilização de apenas uma arma de fogo e a presença de quatro agentes), a pena deve ser aumentada em 1/3, chegando a cinco anos e quatro meses de reclusão.

[...]

Deve ser reconhecido também o concurso formal de crimes, pois, na hipótese, mediante uma única ação, os agentes atingiram mais de um patrimônio, isto é, mediante grave ameaça, subtraíram bens pertencentes a pessoas diferentes (art. 70 do Código Penal): os cartões telefônicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o revólver e o colete balístico da empresa Capital Serviços de Vigilância e Segurança Ltda. e o telefone celular pertencente de João Alberto Sales.

Não é o caso de reconhecimento de crime continuado, pois este, nos termos do art. 71 do Código Penal, é admissível somente quando há mais de uma ação ou omissão.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Em se considerando que foram atingidos três patrimônios, o aumento deve ser de 1/3. Logo, fixo a pena definitiva de Adriano em sete anos, um mês e dez dias de reclusão.

Pelos mesmos critérios definidos para a pena privativa de liberdade, fixo a multa em 17 dias-multa. Fixo o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente em outubro de 2009, por ser atualizado monetariamente até a data do pagamento.

Fixo como regime inicial de cumprimento da pena o semi-aberto, como determina o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Passo a aplicar a pena ao réu Adenildo.

Inicialmente, cumpre observar que serão utilizados os mesmos fundamentos adotados na aplicação da pena ao réu Adriano no tocante à agravante do emprego de arma e ao reconhecimento do concurso formal em vez do crime continuado.

Nos termos do art. 59 do Código Penal, há de ser considerado que o réu possui antecedentes criminais, pois já foi condenado pelos crimes dos arts. 155 e 121 do Código Penal (fls. 192 e 212). Aplico o aumento de 1/4 e fixo a pena-base em cinco anos de reclusão.

Deve ser reconhecida a circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), pois o acusado tem uma condenação transitada em julgado e cometeu novo crime dentro do período estabelecido pelas regras do art. 64, I, do Código Penal (fl. 218). Aplicando-se o aumento de um sexto, chega-se à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão.

Há duas causas de aumento de pena: emprego de arma na grave ameaça exercida contra as vítimas e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II, Código Penal). Aplicando o aumento mínimo de um terço (mesma fração utilizada na dosimetria de Adriano), chega-se a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão.

Deve ser reconhecido também o concurso formal de crimes, pois, na hipótese, mediante uma única ação, os agentes atingiram mais de um patrimônio, isto é, mediante grave ameaça, subtraíram bens pertencentes a pessoas diferentes (art. 70 do Código Penal). Em se considerando que foram atingidos três patrimônios, o aumento deve ser de 1/3.

Logo, fixo a pena definitiva de Adenildo em dez anos, quatro meses e treze dias de reclusão.

Pelos mesmos critérios definidos para a pena privativa de liberdade, fixo a multa em 24 dias-multa. Fixo o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente em outubro de 2009, por ser atualizado monetariamente até a data do pagamento.

Fixo como regime inicial de cumprimento da pena o fechado, como determina o art. 33, § 2º, "a", do Código Penal. Ademais, Adenildo é reincidente.

No caso em exame, em relação à dosimetria do paciente Adenildo, observa-se que a pena-base foi exasperada em 1 ano, em razão dos maus antecedentes (duas condenações).

Como é cediço, eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de fundamentação ou de flagrante injustiça, o que não se observa no presente caso. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

Com efeito, atende ao princípio do livre convencimento motivado sentença que adequadamente fundamentou a exasperação da pena-base com base nos antecedentes criminais, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade.

No tocante à alegação de que a participação do paciente Adenildo foi de menor importância, o Tribunal de origem concluiu, diante da análise dos fatos e do *modus operandi* da conduta criminosa, que apenas o réu Josias atuou como partícipe no crime. É o que se extrai do seguinte trecho do voto (fl. 156):

Por fim, considero que merece provimento o recurso do réu JOSIAS no tocante ao pedido subsidiário de reconhecimento de sua participação de menor importância. Neste particular, anoto que o papel desempenhado pelo acusado no desfecho do roubo se limitou ao monitoramento externo das ações e à conduta do veículo utilizado para a fuga, de modo a assegurar o proveito do crime. Não há elementos que permitam concluir pela realização de atividade de planejamento da execução do verbo típico do art. 157 do Código Penal, sendo certo que o réu não incorreu na sua execução, de modo que impende aplicar-lhe a causa de diminuição de pena do art. 29, § 1º, do Código Penal, na fração mínima de 1/6 (um sexto).

Ora, para se chegar a tal conclusão, reconhecendo-se a participação de somenos importância em favor do aqui paciente, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório contido nos autos, o que não se coaduna com a via estreita do *habeas corpus*.

Assim, inviável o reconhecimento da causa geral de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

Por fim, no tocante ao concurso formal, tendo as instâncias ordinárias entendido pela sua existência, mudar essa conclusão ensejaria o revolvimento de matéria fático-probatória, providência que não é admitida na via estreita do *habeas corpus*. Já o aumento da pena no percentual de 1/3 deu-se em razão de terem sido atingidos três patrimônios distintos. Entretanto, tal entendimento destoa da jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido de que a pena deve ser aumentada na fração de 1/5 quando caracterizada a prática de roubo contra três vítimas em concurso formal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E ESTUPRO (TRÊS VEZES). CONCURSO FORMAL HOMOGÊNEO. QUANTUM DE AUMENTO. TRÊS INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA DO DELITO DE ESTUPRO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATERIALIDADE DELITIVA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. A Corte estadual reformou parcialmente a sentença e reduziu as penas-base dos delitos de roubo majorado e estupro (três vezes) para o patamar mínimo legal. O acórdão combatido acresceu o percentual de 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo agravado, pela presença de uma causa de aumento de pena, e aumentou em 1/3 (um terço) a pena de um dos delitos de estupro, pela caracterização do concurso formal homogêneo. A sanção total restou quantificada em 13 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

4. "*O percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) deve ser aferido em razão do numero de delitos praticados, e não à luz do art. 59 do CP [...]*" (HC 136.568/DF, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 13/10/2009).

5. A jurisprudência desta Corte Superior reconhece que a prática de três infrações penais autoriza a exasperação da pena, no percentual de 1/5 (um quinto), pelo concurso ideal de crimes. Pertinente, assim, a adequação da condenação do Paciente ao referido patamar.

6. A análise da alegação concernente à ausência de prova da materialidade delitiva depende do reexame da matéria fático-probatória, imprópria na via do *habeas corpus*, remédio de rito célere e de cognição sumária.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para retificar o percentual de aumento de pena, pelo concurso formal de três crimes de estupro, de 1/3 para 1/5, e reduzir a sanção total do Paciente para 12 (doze) anos, 06 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado. (HC 273.120/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 30/04/2014)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (3) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) ACRÉSCIMO PELO CONCURSO FORMAL. NÚMERO DE CRIMES. CRITÉRIO OBJETIVO NÃO OBSERVADO. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. [...]

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento decorrente do concurso formal deve se dar de acordo com o número de infrações, critério não observado pelas instâncias de origem. Na espécie, a pena foi exasperada em 1/3 (um terço) pelo concurso formal, todavia, o acréscimo correspondente ao número de três infrações é a fração de 1/5 (um quinto).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC 294.143/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 29/09/2014)

Dessa forma, forçoso o redimensionamento da pena imposta aos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacientes. Levando-se em consideração que foram atingidos três patrimônios, o aumento a título de concurso formal deve ser de 1/5.

À vista do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Entretanto, CONCEDO a ordem, de ofício, apenas para reduzir o percentual a título de concurso formal para 1/5, devendo o Juízo da Vara de Execuções redimensionar a pena imposta aos pacientes.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0297948-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 227.874 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 125735720094036104 200961040125730

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                          |
|------------|------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO            |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO |
| PACIENTE   | : ADRIANO VIEIRA DOS SANTOS              |
| PACIENTE   | : ADENILDO ASSIS VIVEIROS                |
| CORRÉU     | : JOSIAS BARBOSA MARTINS                 |

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.