



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.996 - BA (2011/0203379-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : RODOLFO MASCARENHAS E OUTRO
ADVOGADO : RODOLFO MASCARENHAS LEAO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : MARCELO PEREIRA DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ARTIGO 155 DO CPP. OBSERVÂNCIA. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO (ATUAL DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. BIS IN IDEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LEX MITIOR. RETROATIVIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Não há que se falar em inobservância ao disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, visto que o juiz sentenciante confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial (como a confissão do paciente) com as demais provas colhidas judicialmente, submetidas, portanto, ao crivo do contraditório.

2. Para a caracterização do crime descrito no artigo 288 do Código Penal, é necessário, entre outros, o elemento subjetivo do tipo, consistente no ânimo de associação de caráter estável e permanente. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática de crimes.

3. Reconhecido que a união do paciente com os demais corréus foi estável e permanente para o fim de cometer crimes, não há como absolvê-lo do delito no artigo 288 do Código Penal.

4. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da alegação de que o paciente não poderia ter sido condenado pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando armado (atualmente denominado associação criminosa) e, concomitantemente, pelo delito de roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo, visto que essa matéria não foi analisada pelo tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

5. Com o advento da Lei n. 12.850/2013, foi dada nova redação ao artigo 288 do Código Penal, ocasião em que também foi reduzido o aumento previsto no parágrafo único. Assim, por ser *lex mitior* nesse ponto, deve retroagir para alcançar os delitos praticados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriormente à sua vigência, por força do disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

6. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para, na terceira fase da dosimetria do crime de quadrilha ou bando (atual delito de associação criminosa), reduzir à metade o aumento de pena procedido em razão da majorante do parágrafo único do artigo 288 do Código Penal, nos termos da Lei n. 12.850/2013, tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 12 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, já observado o concurso material.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). RODOLFO MASCARENHAS LEAO, pela parte PACIENTE: MARCELO PEREIRA DE SOUZA.

Brasília, 18 de setembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.996 - BA (2011/0203379-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : RODOLFO MASCARENHAS E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : MARCELO PEREIRA DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MARCELO PEREIRA DE SOUZA, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça da Bahia** (Apelação n. 0000166-35.2006.805.0122).

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos no artigo 157, § 2º, I e II, e no artigo 288, parágrafo único, ambos do Código Penal, em concurso material (Processo n. 1058325-5/2006).

Os impetrantes sustentam a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente foi condenado com base exclusivamente em depoimentos colhidos na fase do inquérito policial, em inobservância ao preceituado no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Consideram, ainda, que o paciente deveria ser absolvido em relação ao delito descrito no artigo 288 do Código Penal, porquanto não ficaram evidenciadas a estabilidade e a permanência do grupo para o fim de cometer crimes.

Argumentam, outrossim, que o paciente não poderia ter sido condenado pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando armado (atualmente denominado de associação criminosa) e, concomitantemente, pelo delito de roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo, sob pena de *bis in idem*.

Requerem a concessão da ordem, para que o processo seja anulado, por afronta ao disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pugnam para que o paciente seja absolvido em relação ao delito de quadrilha ou bando armado.

Por fim, caso mantida a condenação pelo crime do artigo 288,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parágrafo único, do Código Penal, pleiteiam o afastamento das majorantes previstas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, nessa extensão, pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.996 - BA (2011/0203379-9) EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ARTIGO 155 DO CPP. OBSERVÂNCIA. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO (ATUAL DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. BIS IN IDEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LEX MITIOR. RETROATIVIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Não há que se falar em inobservância ao disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, visto que o juiz sentenciante confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial (como a confissão do paciente) com as demais provas colhidas judicialmente, submetidas, portanto, ao crivo do contraditório.

2. Para a caracterização do crime descrito no artigo 288 do Código Penal, é necessário, entre outros, o elemento subjetivo do tipo, consistente no ânimo de associação de caráter estável e permanente. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática de crimes.

3. Reconhecido que a união do paciente com os demais corréus foi estável e permanente para o fim de cometer crimes, não há como absolvê-lo do delito no artigo 288 do Código Penal.

4. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da alegação de que o paciente não poderia ter sido condenado pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando armado (atualmente denominado associação criminosa) e, concomitantemente, pelo delito de roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo, visto que essa matéria não foi analisada pelo tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

5. Com o advento da Lei n. 12.850/2013, foi dada nova redação ao artigo 288 do Código Penal, ocasião em que também foi reduzido o aumento previsto no parágrafo único. Assim, por ser *lex mitior* nesse ponto, deve retroagir para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência, por força do disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

6. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para, na terceira fase da dosimetria do crime de quadrilha ou bando (atual delito de associação criminosa), reduzir à metade o aumento de pena procedido em razão da majorante do parágrafo único do artigo 288



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal, nos termos da Lei n. 12.850/2013, tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 12 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, já observado o concurso material.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (RELATOR):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, constato a ocorrência de flagrante ilegalidade, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos no artigo 157, § 2º, I e II, e no artigo 288, parágrafo único, ambos do Código Penal, em concurso material.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação ao tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao recurso na parte relativa ao paciente.

I.

No que tange à alegação de que o paciente foi condenado com base em provas não submetidas ao crivo do contraditório, entendo que **não** assiste razão aos impetrantes.

Quanto ao sistema de valoração das provas, certo é que, no processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente.

Nesse contexto, o legislador ordinário, buscando dar maior efetividade às garantias constitucionais previstas para os acusados em processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal, estabeleceu, expressamente, a vedação à condenação baseada exclusivamente em provas produzidas no inquérito policial, consoante o disposto no art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Isso significa que não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de um decreto condenatório fundamentado exclusivamente em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, no qual inexistente o devido processo legal (com seus consectários do contraditório e da ampla defesa), sendo certo que o juiz pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo.

No caso, verifico que o juiz sentenciante confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial (como a confissão do paciente) com as demais provas colhidas **judicialmente**, submetidas, portanto, ao crivo do **contraditório**.

Com efeito, o magistrado singular, **ao concluir pela condenação do paciente**, destacou que "a prova colhida em Juízo demonstrou, em parte, o quanto narrado na denúncia. É que, quanto à participação do primeiro, segundo [ora paciente], terceiro, quarto e sexto denunciados na ação delituosa, trata-se de **fato inconteste**, haja vista a robusta prova carreada aos autos, apesar da negativa de autoria sustentada em seus interrogatórios na fase judicial" (fl. 33).

Salientou, outrossim, que "além da prova **testemunhal** e **documental**, a confissão dos acusados na fase policial e o **conjunto probatório dos autos** reforçam a peça acusatória" (fl. 33).

A Corte estadual, por sua vez, asseverou que (fls. 17-18):

Na fase inquisitorial, o apelante Marcelo Pereira de Souza confessou a prática delitiva, narrando toda a empresa criminosa, desde a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cooptação de meliantes, a contratação do SD/PM Josias Pereira do Nascimento Neto, a fim de que facilitasse o acosso ao Batalhão da Polícia Militar, até a consumação do segundo e mais ainda audacioso assalto ao Banco do Brasil.

(...)

Em seguida, esclareceu que planejou montar o acampamento do bando no sítio de um tio seu, a saber, Gerson Pereira da Rocha, condenado pelos crimes de favorecimento pessoal e porte de arma de fogo. Efetivamente, o grupo foi levado para a propriedade rural onde se hospedaram sob o pretexto de caçar. Um dia antes de agirem, os componentes da *societas criminis* resolveram contar a Gerson Pereira da Rocha que estavam usando o sítio como um esconderijo para onde seguiram, após assaltar o Banco do Brasil.

Não houve objeção de Gerson Pereira da Rocha, para o qual foi prometida e paga uma recompensa em razão de acolher o bando criminoso.

Narra ainda o apelante que o grupo chegou nas primeiras horas da madrugada, oportunidade em que todos dormiam, a exceção do apelante Josias Pereira do Nascimento Neto, que aguardava a chegada de seus comparsas. Após assaltarem o Pelotão da Polícia Militar, parte do grupo, exclusive esse apelante, dirigiu-se ao Banco do Brasil, donde subtraíram o numerário indicado na denúncia, tendo o apelante Valmir Sousa de Almeida, além de motorista da gangue, se encarregado da guarda dos veículos usados no assalto.

Por fim, dá a medida de participação dos demais apelantes na consumação dos audaciosos roubos que planejaram e executaram, após organizarem-se em um grupo criminoso fortemente armado.

Ainda, destacou que "os apelantes, ao serem interrogados em Juízo, negaram peremptoriamente as suas participações nos crimes. Mas não se desincumbiram de explicar porque foram apontados por Gerson Pereira da Rocha como integrantes da quadrilha que praticaram o roubo, tendo sido, inclusive, presos em flagrante delito". Na ocasião, observou que "a alegação de que os apelantes foram torturados pela polícia, a fim de que confessassem o crime, vagueia desacompanhada nos autos, pois nenhuma evidência de agressão física foi atestada pelos meios ordinários de prova material" (fls. 18/19).

Por essas razões, justamente porque verificado que o juiz sentenciante, ao concluir pela autoria do paciente no cometimento dos delitos em questão, sopesou as provas colhidas extrajudicialmente com as demais provas e depoimentos obtidos em **juízo**, não há como se proclamar a nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sentença condenatória, como pretendido.

Aliás, consoante já decidiu este Superior Tribunal, "não se admite a nulidade do édito condenatório sob alegação de estar fundado exclusivamente em prova inquisitorial, quando baseado também em outros elementos de provas levados ao crivo do contraditório e da ampla defesa" (HC n. 155.226/SP, Ministro Og Fernandes, 6ªT., DJe 1º.8.2012).

Ademais, há de se salientar que mais incursões na dosagem das provas constantes dos autos para concluir sobre a viabilidade ou não da condenação do paciente é questão que esbarra na própria apreciação de possível inocência, matéria que não pode ser dirimida na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária, porquanto exige o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

II.

Quanto à alegação de que o paciente deveria ser absolvido em relação ao delito descrito no artigo 288 do Código Penal, porquanto não ficaram evidenciadas a estabilidade e a permanência do grupo para o fim de cometer crimes, também entendo que não assiste razão aos impetrantes.

Certo é que, para a configuração do delito previsto no artigo 288 do Código Penal (atualmente denominado associação criminosa), é necessário: a) concurso de, pelo menos, quatro pessoas (com a observação de que sobreveio *novatio legis in pejus*, pois o conteúdo do artigo 288 do Código Penal tipifica-se, atualmente, com o concurso de, no mínimo, três pessoas – Lei n. 12.850/2013); b) finalidade específica dos agentes, voltada ao cometimento de delitos ("para o fim de cometer crimes"); c) estabilidade e permanência da associação criminosa.

Isso significa que, para a caracterização do crime descrito no artigo 288 do Código Penal, é necessário, entre outros, o elemento subjetivo do tipo, consistente no ânimo de associação de caráter estável e permanente. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática de crimes.

Vale dizer, "Diferentemente do concurso de agentes, que exige, apenas, um ocasional e transitório encontro de vontades para a prática de determinado crime, a configuração do delito de quadrilha pressupõe a estabilidade ou permanência do vínculo associativo, com o fim de prática de delitos." (HC n. 186.197/MA, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ªT., DJe 17/6/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse também é o entendimento da doutrina sobre a questão:

A estrutura central deste crime reside na consciência e vontade de os agentes organizarem-se em bando ou quadrilha com a finalidade de cometer crimes. Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente e de concurso necessário, inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas. Não basta, como na co-participação criminosa, um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime: **é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum**, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados. (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. IX, 2. ed., Forense: 1959, p. 178).

No caso, a Corte estadual salientou que ficou "provada suficientemente a estabilidade do grupo, cujos componentes previamente se associaram com a finalidade de cometer delito de roubo" (fls. 12/13), de modo que, reconhecido que a união do paciente com os demais corréus foi estável e permanente para o fim de cometer crimes, mostra-se inviável absolvê-lo em relação ao delito do artigo 288 do Código Penal.

III.

No que tange à alegação de que o paciente não poderia ter sido condenado pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando armado (atualmente denominado de associação criminosa) e, concomitantemente, pelo delito de roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo, verifico que essa matéria não foi analisada pelo tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida **supressão de instância**.

Ainda que assim não fosse, saliento que este Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que

(...) não há falar em *bis in idem*, pela imputação concomitante da majorante do emprego de arma do crime de roubo com a majorante da quadrilha armada - prevista no parágrafo único do art. 288 do CP (em sua antiga redação) -, na medida em que se trata de delitos autônomos e independentes, cujos objetos jurídicos são distintos -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo, quanto ao crime de roubo: o patrimônio, a integridade jurídica e a liberdade do indivíduo e, quanto ao de formação de quadrilha (atual associação criminosa): a paz pública -, bem como diferentes as naturezas jurídicas, sendo o primeiro material, de perigo concreto, e o segundo formal, de perigo abstrato. Precedentes.

(HC n. 131.838/SP, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ªT., DJe 1º/7/2014).

Contudo, verifico a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal sanável, de ofício, pela via eleita.

Isso porque, na terceira fase da dosimetria do crime previsto no artigo 288 do Código Penal, a reprimenda do paciente foi aumentada em dobro, pela incidência da majorante descrita no parágrafo único (se a quadrilha ou o bando é armado).

Não obstante haja sido correto o aumento implementado pelas instâncias ordinárias, registro que, com o advento da Lei n. 12.850/2013, foi dada nova redação ao artigo 288 do Código Penal, ocasião em que também foi reduzido o aumento do parágrafo único, que passou a ter a seguinte redação, *in verbis*:

A pena aumenta-se até **a metade** se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (Grifei).

Assim, por ser *lex mitior* nesse ponto, entendo que ela deve retroagir para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência, por força do disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

Portanto, mantendo o mesmo critério de aumento (fl. 36), deve a pena do paciente, em relação ao delito do artigo 288 do Código Penal, ser acrescida de **metade**, resultando definitiva em **1 ano e 6 meses de reclusão**.

Por fim, considerando que o paciente foi condenado à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, pelos dois crimes de roubo duplamente majorados (fl. 36), somo as penas, em decorrência do concurso material (artigo 69 do Código Penal), **tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 12 anos e 2 meses de reclusão, e pagamento de 40 dias-multa.**

IV.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.

Não obstante, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder a ordem** postulada, para, na terceira fase da dosimetria do crime de quadrilha ou bando (atual delito de associação criminosa), reduzir à metade o aumento de pena procedido em razão da majorante do parágrafo único do artigo 288 do Código Penal, nos termos da Lei n. 12.850/2013, tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em **12 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa**, já observado o concurso material.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0203379-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 216.996 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 105832552006 16635200680501220

EM MESA

JULGADO: 18/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RODOLFO MASCARENHAS E OUTRO
ADVOGADO	: RODOLFO MASCARENHAS LEAO E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE	: MARCELO PEREIRA DE SOUZA
CORRÉU	: JOSIAS PEREIRA DO NASCIMENTO NETO
CORRÉU	: VALMIR SOUSA DE ALMEIDA
CORRÉU	: GERSON PEREIRA DA ROCHA
CORRÉU	: RAFAEL PEREIRA DE SOUZA
CORRÉU	: ANTÔNIO MORAIS

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). RODOLFO MASCARENHAS LEAO, pela parte PACIENTE: MARCELO PEREIRA DE SOUZA

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.