



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.000 - BA (2011/0203410-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : RODOLFO MASCARENHAS LEÃO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : JOSIAS PEREIRA DO NASCIMENTO NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. ROUBO E QUADRILHA OU BANDO (ATUAL DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). ART. 155 DO CPP. OBSERVÂNCIA. ROUBO A AGÊNCIA BANCÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. *BIS IN IDEM*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *LEX MITIOR*. RETROATIVIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. Definida a autonomia entre as ações de roubo, não há que se falar na anulação do julgado proferido pelo Tribunal de origem, pela incompetência da Justiça Comum para processamento e julgamento do delito cometido contra agência bancária, nos termos da Súmula n. 90 do STJ, *in verbis*: "Compete a Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo aquele".

3. Para a caracterização do crime descrito no art. 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.

4. 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 art. 288 do Código Penal.

5. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

6. Com o advento da Lei n. 12.850/2013, foi dada nova redação ao art. 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 art. 5º, XL, da Constituição Federal.

7. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

8. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

9. O paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 6 anos e 10 meses de reclusão, deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

10. 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 art. 288 do Código Penal, nos termos da Lei n. 12.850/2013, tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 6 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.000 - BA (2011/0203410-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : RODOLFO MASCARENHAS LEÃO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

PACIENTE : JOSIAS PEREIRA DO NASCIMENTO NETO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOSIAS PEREIRA DO NASCIMENTO NETO estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia** na Apelação n. 0000166-35.2006.805.0122.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 12 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática dos delitos descritos nos arts. 157, § 2º, I e II (duas vezes em concurso material), e 288, ambos do Código Penal.

Em grau de apelação, a Corte de origem deu parcial provimento ao recurso, tão somente para afastar a condenação do paciente pelo crime cometido contra a Corporação Militar em que servia, dada a incompetência da Justiça Comum para processar e julgar o crime militar. Subsistindo a condenação pelos delitos de roubo a banco e de formação de quadrilha, a pena foi fixada em 7 anos e 4 meses de reclusão mais 20 dias-multa, mantido o regime fechado.

Nas razões deste *mandamus*, alegam os impetrantes constrangimento ilegal na condenação, uma vez que foi baseada exclusivamente em depoimentos extraídos do inquérito policial, em desrespeito ao art. 155 do Código de Processo Penal.

Apontam, ainda, a nulidade do acórdão atacado por ofensa ao art. 9º do Código Penal Militar, tendo em vista a competência da Justiça Militar para também julgar o crime de roubo cometido contra agência bancária. Isso porque "ambas as denúncias narram os mesmos fatos delituosos, demonstrando de forma inequívoca a continência por cumulação objetiva dos eventos típicos puníveis, acarretando assim, a dependência de uma prova com a outra, ou seja, da prova da participação do paciente no assalto ao Pelotão da Polícia Militar com sua participação no assalto à agência do Banco de Brasil"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fl. 8).

Aduzem, também, que não cabe a condenação pelo crime de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal), pois não existe nenhum indício de permanência nem de estabilidade na apontada conduta criminosa, uma vez que se demonstrou apenas "um conluio para realizar-se o assalto à agência do Banco do Brasil, sendo a tomada da sede do Pelotão Militar um crime para a realização de crime fim" (fl. 10).

Asserem, ainda, *bis in idem* entre as "qualificadoras do roubo com incidência do crime de formação de quadrilha, visto que duplicidade de punição devido às infrações das quais originaram associação delinquente ter sido, segundo a denúncia, cometidas no mesmo espaço de tempo e lugar" (fl. 13).

Por fim, salientam que o regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação concreta para tanto, com violação ao enunciado sumular n. 440 do STJ.

Requerem a concessão da ordem, a fim de que seja(m): a) anulado o processo por violação do art. 155 do CPP ou pela incompetência da Justiça Comum; b) anulada a condenação pelo crime de quadrilha; c) afastadas as causas de aumento do delito de roubo e d) fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Indeferida a liminar (fls. 303-306) e prestadas as informações (fls. 310-312, 314-401 e 404-408), veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 411-415), que opinou pela denegação da ordem.

Em contato telefônico realizado com a vara de origem, feito em 16/8/2016, foi noticiado que o paciente encontra-se foragido, com mandado de prisão expedido e não cumprido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.000 - BA (2011/0203410-5) EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. ROUBO E QUADRILHA OU BANDO (ATUAL DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). ART. 155 DO CPP. OBSERVÂNCIA. ROUBO A AGÊNCIA BANCÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. *BIS IN IDEM*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *LEX MITIOR*. RETROATIVIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. Definida a autonomia entre as ações de roubo, não há que se falar na anulação do julgado proferido pelo Tribunal de origem, pela incompetência da Justiça Comum para processamento e julgamento do delito cometido contra agência bancária, nos termos da Súmula n. 90 do STJ, *in verbis*: "Compete a Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo aquele".

3. Para a caracterização do crime descrito no art. 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.

4. 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 art. 288 do Código Penal.

5. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi analisada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

6. Com o advento da Lei n. 12.850/2013, foi dada nova redação ao art. 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 art. 5º, XL, da Constituição Federal.

7. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

8. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

9. O paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 6 anos e 10 meses de reclusão, deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

10. 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 art. 288 do Código Penal, nos termos da Lei n. 12.850/2013, tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 6 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Contextualização

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 12 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática dos delitos descritos nos arts. 157, § 2º, I e II (duas vezes em concurso material), e 288, ambos do Código Penal.

Em grau de apelação, a Corte de origem deu parcial provimento ao recurso, tão somente para afastar a condenação do paciente pelo crime cometido contra a Corporação Militar em que servia, dada a incompetência da Justiça Comum para processar e julgar o crime militar. Subsistindo a condenação pelos delitos de roubo a banco e de formação de quadrilha, a pena foi fixada em 7 anos e 4 meses de reclusão mais 20 dias-multa, mantido o regime fechado.

III. Provas suficientes para condenação

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 não se admitir, 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 poder o juiz deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual ou que essas provas sejam repetidas em juízo.

No caso, verifico que a sentença e, depois, o acórdão de origem confrontaram elementos obtidos na fase extrajudicial com as demais provas colhidas **judicialmente**, submetidas, portanto, ao crivo do **contraditório**.

Com efeito, em primeiro grau, destacou o magistrado, relativamente às provas, o seguinte:

Neste aspecto, resta indubitável que o fato delituoso narrado na denúncia aconteceu. E que, do quanto se extrai da prova documental e testemunhal acostada aos autos, verifica-se que no dia 03 de abril de 2006 o pelotão da polícia militar e a agência do banco do Brasil desta cidade, foram atacados por pessoas desconhecidas e com a participação dos denunciados. Evidencia-se, ainda mais, a materialidade delitiva com a apreensão das armas e parte do dinheiro subtraído do banco do Brasil, consoante se infere do auto de exibição e apreensão de objetos diversos utilizados no crime, fls. 55/57, tais como: armas, dinheiro e veículo, etc.

Reforçando a prova da materialidade dos crimes de roubo qualificado e formação de quadrilha, às fls.70/75, encontra-se parte dos objetos utilizados na prática dos crimes.

[...]

A prova colhida em Juízo demonstrou, em parte, o quanto narrado na denúncia. É que quanto a participação do primeiro, segundo, terceiro, quarto e sexto denunciados na ação delituosa, trata-se de fato incontestado, haja vista a robusta prova carreada aos autos, apesar da negativa de autoria sustentada em seus interrogatórios na fase judicial.

Ocorre que, na fase policial, os acusados, com exceção do primeiro e quinto denunciados, confessaram os delitos com riqueza de detalhes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, alegam que o fizeram sob tortura, mas não relatam indícios ou mesmo nominam quem teriam sido os torturadores.

Isto porque, **além da prova testemunhal e documental**, a confissão dos acusados na fase policial **e o conjunto probatório dos autos, reforçam a peça acusatória**. Assim, resta evidente que a participação do primeiro denunciado, **policia! Josias Pereira do Nascimento Neto foi fundamental para que o delito ocorrido no Banco do Brasil tivesse êxito**. A sua contribuição teria sido a abertura do portão do pelotão para que os demais policiais fossem rendidos pelos outros bandidos e as armas fossem levadas para auxiliar no assalto ao banco.

[...]

É certo que, a confissão por si só não enseja motivo para uma condenação, **todavia quando acompanhada de outros elementos probantes, deve se considerar a confissão como prova pura e cristalina para embasar um juízo de certeza para uma sentença condenatória**.

Os acusados, com exceção do primeiro e do quinto denunciados, em seus depoimentos na fase policial confessam as suas participações nos delitos a eles atribuídos, inclusive com riqueza de detalhes (fls. 36-40, destaquei).

Ao manter a condenação do recorrente, a Corte local destacou que:

O apelante Valmir confirma a versão do apelante Marcelo, narrando detalhes coincidentes da ação criminosa. O apelante Josias negou qualquer participação nos crimes, não sabendo explicar, contudo, a razão de ter sido indicado pelo apelante Marcelo como co-autor dos delitos de roubos e de quadrilha pelos quais foi condenado.

Os apelantes ao serem interrogados em Juízo negaram peremptoriamente as suas participações nos crimes Mas, não se desincumbiram de explicar porque que foram apontados por Gerson Pereira da Rocha como integrantes da quadrilha que praticaram o roubo, tendo sido, inclusive, presos em flagrante delito.

[...]

Das fls. 254 até 260 encontram-se os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, as quais dão conta da prática dos crimes de roubos contra o Batalhão da Polícia Militar e o Banco do Brasil, ratificando indiretamente a minudente confissão do apelante Marcelo Pereira de Sousa, na medida em que descreve em detalhes toda a ação delituosa, o *modus operandi*, as armas utilizadas e as demais circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos assaltos.

[...]

Como exposto, por outro lado, foram os próprios meliantes, dentre esses os apelantes, que confessaram a prática delitiva por ocasião da fase inquisitória. E não se diga, em face da mudança de narrativa quando interrogado em Juízo, que conseguiram trazer qualquer fato novo em suas defesas, haja vista que, igualmente, o conjunto de provas favorece inteiramente a acusação.

Nesse ritmo, portanto, razão não assiste a defesa quando afirma que provas não residem nos autos para justificar a condenação sofrida no Juízo de primeiro grau, mormente quando as confissões extrajudiciais procedidas pelos apelantes guardam **absoluta consonância com as palavras das vítimas**, bem como por familiares do bando, a exemplo das esposas do apelante Valmir e de Gerson Pereira da Rocha.

Se de um lado não houve êxito da defesa em confirmar a negativa de autoria, doutro **a instrução probatória não reuniu elementos capazes de desmentir as versões apresentadas pelas vítimas e testemunhas**, apesar de na dupla não ter sido foi presa na posse do dinheiro roubado e da arma utilizada para o crime.

Posto isso, **provadas irrefutavelmente a autoria e materialidade delitiva**, não há que se falar em absolvição, muito menos na possibilidade de que o crime de roubo praticado contra o pelotão de Polícia Militar tenha sido apenas meio para a execução do assalto ao Banco do Brasil, já que dos autos sobejam tratarem-se de ações completamente autônomas entre si (fls. 55-58, destaquei).

Dessa forma, justamente porque verificado que a Corte de origem, ao manter a condenação do paciente em relação aos dois delitos em questão, sopesou as provas colhidas extrajudicialmente com as demais provas e os depoimentos obtidos em **juízo**, não há como se proclamar a nulidade 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**, Rel. Ministro **Og Fernandes**, 6ª T., DJe 1º/8/2012).

Ainda, registro que a jurisprudência desta Corte orienta-se no seguinte sentido: "os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando em harmonia com os elementos constantes dos autos." (HC n. 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/3/2016), exatamente como no caso.

Por fim, saliento que promover mais incursões na dosagem das provas constantes dos autos para concluir sobre a viabilidade ou não da condenação do recorrente é questão que esbarra na própria apreciação de todo o conjunto probatório, matéria impossível ser dirimida no âmbito de cognição restrita do habeas corpus.

IV. Competência da Justiça Comum para o crime de roubo contra o Banco do Brasil

Acerca da competência da Justiça Militar para o processamento e o julgamento do crime de roubo contra o Batalhão da Polícia Militar da Comarca de Itambé, assim consignou o Tribunal local:

Ao exame dos autos, observa-se que o crime de roubo ao Batalhão da Polícia Militar da Comarca de Itambé foi cometido mediante participação do apelante Josias Pereira do Nascimento Neto, **o qual é militar em atividade, embora não estivesse em serviço, contra o patrimônio sob a administração militar.**

Assim, a conduta do Josias Pereira do Nascimento Neto encontra-se prevista no art. 9º, II, e, do Código Penal Militar, senão vejamos:.

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

Nessas condições razão, em parte assiste a defesa quando argui a incompetência do Juízo *a quo* para julgar o feito em relação ao crime militar praticado pelo apelante Josias Pereira do Nascimento Neto, que competia a Vara da Auditoria Militar.

No caso, apenas os atos decisórios adotados nos autos em relação ao apelante Josias Pereira do Nascimento Neto devem ser anulados, dentre os quais a sentença, cuja condenação **referente ao crime cometido contra o Batalhão da Polícia Militar deve ser afastada**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fl. 53)

As instâncias de origem aplicaram a regra do concurso material entre os crimes de roubo, tendo em vista haverem sido cometidos em contexto fático distintos.

O Tribunal local assim afirmou:

Posto isso, provadas irrefutavelmente a autoria e materialidade delitiva, não ha que se falar em absolvição, muito menos na possibilidade de que o crime de roubo praticado contra o pelotão de Polícia Militar tenha sido apenas meio para a execução do assalto ao Banco do Brasil, já que dos autos sobejam tratarem-se de **ações completamente autônomas entre si** (fl. 58).

Sobre o tema, a defesa insiste que deve igualmente ser anulado o acórdão *a quo* pela incompetência da Justiça Comum para processar e julgar o crime de roubo contra a agência do Banco do Brasil, dada a continência por cumulação objetiva derivada de "**dois resultados lesivos decorrentes de uma só conduta**" (fl. 7, destaquei). Dessa afirmação infere-se que a defesa visa, em verdade, à aplicação da regra do concurso formal, a fim de que os dois crimes de roubo sejam julgados em conjunto e sob a competência da Justiça Militar.

É certo que "[p]raticado o crime de roubo **em um mesmo contexto fático**, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, [...]" (HC n. 255.972/MG, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/10/2014, destaquei). No entanto, conforme dito, **o Tribunal local foi firme ao destacar que as ações foram independentes**, não havendo que se falar na aventada continência.

Assim sendo, **para desconstituir a conclusão alcançada pelas instâncias ordinárias**, ao ponto de afirmar que os delitos de roubo se deram nas mesmas circunstâncias fáticas, **necessária seria a incursão no acervo fático-probatório**, medida vedada na via do habeas corpus.

Definida a autonomia entre as ações de roubo, não há que se falar na anulação do julgado proferido pelo Tribunal de origem, pela incompetência da Justiça Comum para o processamento e o julgamento do delito cometido contra a agência bancária. Deve, portanto, ser mantida a condenação relativa ao segundo roubo, assim como pelo crime do art. 288 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, nos termos da Súmula n. 90 do STJ, *in verbis*: "Compete a Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo àquele".

Em termos análogos, o seguinte julgado desta Corte Superior:

[...]

III - Nos termos do disposto no art. 9º, inciso II, alíneas "b" e "c", do Código Penal Militar, considera-se crime militar, em tempo de paz, o crime cometido por militar em atividade, em local sujeito à administração militar, ou em serviço ou atuando em razão de suas funções, contra civil. (Precedentes).

IV - *In casu*, o paciente, policial militar, condenado pelos delitos de roubo circunstanciado e quadrilha armada (antiga redação do art. 288 do CP), participou dos delitos na medida em que, durante seu turno de trabalho, em destacamento da Polícia Militar e valendo-se de informações obtidas em razão de sua função, teria retardado a ação dos demais policiais militares, garantindo o êxito das condutas tidas por delituosas.

V - Desta forma, a participação de policial militar no delito praticado, em local sob a administração militar e no exercício de suas funções, evidencia a existência de crime militar, cuja competência para processamento e julgamento é da Justiça Militar.

VI - Tal raciocínio, no entanto, aplica-se apenas ao delito de roubo, e não ao de quadrilha, cuja competência é da Justiça Comum Estadual, aplicando-se ao caso, ainda, o teor da Súmula 90/STJ, segundo a qual "Compete a Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo aquele".

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para declarar a nulidade do feito apenas em relação ao paciente, e tão somente quanto ao delito de roubo, desde a propositura da ação, determinando-se o envio do processo à Justiça Militar.

(HC n. 284.363/GO, Rel. Ministro **Felix Fischer** 5ª T., DJe 7/4/2015, destaquei).

V. Art. 288 do Código Penal – permanência e estabilidade

Quanto à alegação de que o paciente deveria ser absolvido em relação ao delito descrito no art. 288 do Código Penal, porquanto não terem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficado evidenciadas a estabilidade e a permanência do grupo para o fim de cometer crimes, também entendendo não assistir razão aos impetrantes.

Certo é que, para a configuração do delito previsto no art. 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 art. 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 art. 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, 6ª T., DJe 17/6/2013).

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 ter ficado "provada suficientemente a estabilidade do grupo, cujos componentes previamente se associaram com a finalidade de cometer delito de roubo" (fls. 19-20), de modo que, reconhecido que a união do paciente com os demais corréus foi estável e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permanente para o fim de cometer crimes, mostra-se inviável absolvê-lo em relação ao delito do art. 288 do Código Penal.

VI. *Bis in idem* – supressão de instância

No que tange à alegação de o paciente não poder 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, a impedir 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 possuir este Superior Tribunal de Justiça 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 - 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, 6ª T., DJe 1º/7/2014).

VII. Causa de aumento. *Lex mitior*

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 art. 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 art. 5º, XL, da Constituição Federal.

VIII. Nova dosimetria

Portanto, mantendo o mesmo critério de aumento (fl. 41), deve a pena do paciente, em relação ao delito do art. 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, pelo crime de roubo a agência bancária duplamente majorado (excluída a pena relativa ao roubo à Corporação), somo as penas, em decorrência do concurso material (art. 69 do Código Penal), **tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 6 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa**.

No mesmo sentido, **relativamente às teses dos itens III, V e VI**, o **HC n. 216.996/BA**, de **minha relatoria**, DJe 2/10/2014, impetrado pela defesa do corréu Marcelo Pereira de Souza. O julgado ficou assim ementado:

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

IX. Vício de motivação na escolha do regime

O Magistrado de primeiro grau, após dosar a pena, impôs a fixação do regime fechado apenas "ante aos critérios subjetivos do art. 59 do CP" (fl. 42).

O Tribunal local, por sua vez, somente corroborou o entendimento, sem fazer nenhuma consideração adicional (fl. 59).

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (HC n. 279.272/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC n. 265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC n. 213.290/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; HC 148.130/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O STJ entende que "faz jus o paciente ao regime semiaberto, na medida em que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão superior a 04 e inferior a 08 anos de reclusão" (HC n. 216.266/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 30/10/2012).

Nos trechos anteriormente transcritos, **presente está o apontado constrangimento ilegal**, pois, ainda que a pena-base haja sido fixada no mínimo legal, o *quantum* de pena tenha sido definido em 6 anos e 10 meses de reclusão e o paciente seja primário, o regime inicial fixado foi o fechado.

Verifico que o Juiz de primeiro grau – corroborado pela Corte de origem – não apontou nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

Logo, considero que os elementos apresentados não se revestem da devida idoneidade para sustentar a fixação do regime mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF, respectivamente:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

[...]

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

4. O magistrado de primeiro grau, ao fazer a opção pelo regime fechado, fez observar que o crime foi praticado com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, além de conjecturar acerca da gravidade abstrata do delito, que "é causa de grande intranquilidade social no meio urbano", e a consequente necessidade de que o paciente seja encarcerado no regime mais gravoso.

5. Incabível o agravamento do regime com base no mero apontamento das causas de aumento de pena, dada a avaliação judicial que se impõe - fundada na individualização concreta da pena, tendo como norte os critérios positivados no art. 33, § 3º, c/c art. 59, ambos do CP - para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

6. O Tribunal a quo, por sua vez, entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica e nos elementos inerentes ao tipo do delito cometido. Não obstante haja particularizado o fato de o paciente, assim como o adolescente que o acompanhava, conhecer a vítima do bairro, entendo não haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse periculosidade acentuada do agente ou real necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, além de 13 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC n. 292.270/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 24/11/2014)

Dessa forma, concluo, ante a ausência de fundamentação idônea, que deve o paciente cumprir a pena em regime inicial **semiaberto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

X. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do habeas corpus, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.

Contudo, ao examinar seu conteúdo, identifico parte do apontado constrangimento ilegal, o que me leva a **conceder, ex officio, 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 **6 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa**, que deverá ser cumprida em regime **semiaberto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0203410-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 217.000 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 105832552006 1663520068050122 732637220088050001

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

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

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

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.