

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.708.275 - RJ (2017/0285051-5)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**RECORRIDO : ALEXSANDRO DA SILVA FERREIRA**  
**AGRAVANTE : ALEXSANDRO DA SILVA FERREIRA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por ALEXSANDRO DA SILVA FERREIRA em face de decisão que inadmitiu o recurso especial por incidência da Súmula 7/STJ e de recurso especial do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de acórdão que deu parcial provimento à apelação defensiva.

Nas razões do agravo, ALEXSANDRO DA SILVA FERREIRA sustenta que a pretensão não demanda o reexame de matéria de fato, mas o reconhecimento de ilegalidade decorrente da aplicação da fração de 3/8 de forma genérica e da imposição do regime fechado, em ofensa às Súmulas 443 e 440/STJ.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por sua vez, nas razões do especial, alega negativa de vigência ao art. 244-B da Lei 8.069/90, bem como ofensa à Súmula 500/STJ. Assinala que *a corrupção de menor é crime formal, não se exigindo prova da efetiva corrupção do inimputável para que haja a consumação do delito, ou que comprove um especial fim de agir na conduta do agente* (fl. 610). Argumenta que *a norma penal incriminadora objetiva impedir tanto o ingresso quanto a permanência do menor no universo criminoso, sendo, portanto, irrelevante à tipificação do delito a participação anterior da criança ou do adolescente em ato infracional, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado* (fl. 611). Defende ser *irrelevante para a caracterização do delito que o agente maior de 18 anos tenha ascendência, poder de comando, em relação ao adolescente, pois tal exigência é tentar reprimatizar uma suposta natureza de crime material do delito* (fl. 611).

Requer o provimento do recurso para que restabelecida a condenação estabelecida na sentença.

Contra-arrazoado e admitido o especial na origem e apresentada contraminuta ao agravo, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo

improvemento do agravo e pelo provimento do recurso especial, ao tempo em que formulou pleito de execução provisória da pena.

É o relatório.

Decido.

O agravo é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, ao exame também do especial interposto por ALEXSANDRO DA SILVA FERREIRA.

O réu foi condenado à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, como incurso no art. 244-B da Lei 8.069/90, e à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 30 dias-multa pela prática do delito de roubo majorado. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça deu provimento ao apelo defensivo para absolver o recorrido pelo delito de corrupção de menores com a posterior redução da pena.

Admitido o recurso especial interposto pelo Ministério Público, não se verifica a utilidade diante da perda superveniente do objeto, porquanto, ainda que provido para restabelecer a pena da sentença condenatória, o prazo prescricional não acarretaria modificação.

Nos termos do art. 109, V, do CP, prescreve em 4 anos a pretensão punitiva estatal, se o máximo da pena é superior a 1 ano e não excede a 2 anos.

Considerando que, entre a publicação da sentença condenatória em 6/10/2014 (fl. 506) e até presente data, houve o transcurso do lapso temporal de 4 anos, configura-se a prescrição pela pena em concreto, visto que transcorrido o prazo prescricional entre os marcos interruptivos.

No que toca ao recurso de ALEXSANDRO DA SILVA FERREIRA, consignou o julgado recorrido (fls. 588/589):

*Em segundo plano, a defesa pleiteia o afastamento das majorantes previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, entendendo inaplicável ao caso, alegando a ausência de apreensão e perícia da arma e inexistência de evidências quanto ao concurso de agentes.*

*A doutrina e jurisprudência majoritária entendem que para incidir a causa de aumento de pena referente ao emprego da arma de fogo, prescinde-se da sua apreensão quando há prova oral robusta do seu uso.*

*Tal entendimento está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, publicada no informativo nº 605:*

*[...]*

*Sigo o mesmo entendimento, considerando o uso indubitável de arma de fogo, no caso em tela, segundo a narrativa apresentada pelo ofendido que se apresenta explicitamente verossímil.*

*De mesma sorte, restou evidenciada a prática do roubo em concurso de pessoas, conforme se verifica das afirmações da vítima, assim não restam dúvidas acerca da incidência das majorantes previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.*

*Passo a realizar as alterações na dosimetria.*

*A sentenciante foi escorreita ao exasperar a pena-base, estabelecendo-a em 05 (cinco) anos de reclusão e 20 (dias-multa), tendo em vista que o apelante ostenta duas condenações com trânsito em julgado em sua FAC de peça 00482, caracterizando a reincidência.*

*Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.*

***Por conta das duas majorantes, reduzo a exasperação para 3/8 (três oitavos), em conformidade com o grau de reprovabilidade do comportamento do apelante, diante da quantidade de agentes durante a ação e pelo emprego de arma de fogo, elevando a sanção para 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa.***

*Em face do quantum da reprimenda, mantenho o regime prisional fechado.*

A despeito da utilização, pelo Juízo primevo, na sentença, do critério aritmético para a escolha da fração na terceira fase da dosimetria, denota-se que o Tribunal reduziu o patamar e fundamentou a utilização de 3/8 no grau de reprovabilidade do comportamento do apelante, ***diante da quantidade de agentes durante a ação e pelo emprego de arma de fogo.***

Não vislumbro contrariedade à Súmula 443/STJ, uma vez que fundamentado o acórdão no tópico. Isso porque, o número de agentes – na hipótese 3 – é justificativa concreta e idônea ao recrudesimento da pena no patamar exposto. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. PENA MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.*

- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de três majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - foi utilizada arma de fogo, **havia três agentes envolvidos na empreitada criminosa**, com restrição da liberdade das vítimas por considerável período de tempo, que permaneceram trancafiadas em um dos quartos da residência. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Mantida a pena em patamar superior a 8 anos de reclusão, fica prejudicada a análise do pedido de fixação de regime inicial mais brando, tendo em vista o disposto no art. 33, § 2º, a, do CP.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 382.524/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EXASPERAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA N. 443 DO STJ. MATÉRIA JÁ SUBMETIDA À REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

2. A exasperação da pena, no patamar de 3/8, foi baseada em circunstâncias fáticas que indicam a gravidade concreta do crime cometido - "a arma de fogo foi utilizada de forma a gerar grande poder intimidatório, já que em duas oportunidades foi apontada para a cabeça da vítima, bem como que houve o concurso de, pelo menos, três pessoas".

3. Uma vez que, tanto por ocasião da sentença condenatória quanto no julgamento da apelação, houve uma análise minudente e profunda dos elementos probatórios colacionados aos autos, em que se demonstrou os motivos pelos quais a condenação do ora agravante seria substancialmente justa e harmônica com as provas produzidas, deve ser mantido o indeferimento liminar do habeas corpus, em que se discute, novamente, matéria que já foi verticalmente analisada, inclusive já submetida à revisão criminal.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 441.153/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018.)

Estando, portanto, o acórdão recorrido em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a

incidência, no tópico, da Súmula 83/STJ, a obstar o processamento do recurso.

A despeito disso, denota-se a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento da confissão espontânea quanto ao delito de roubo, uma vez que consignou o Juízo de 1ª instância que *não incide, também, no caso dos autos, a atenuante da confissão (art. 65, III, "d", do CP), uma vez que não foi tal confissão feita de forma integral, pois alegou o réu ter agido sozinho durante a prática do ato criminoso, o que não se comprovou nos autos (fl. 503).*

Ocorre que este Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no sentido de que a confissão, **ainda que parcial**, ou mesmo qualificada, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena. A propósito:

*PENA. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. PRELIMINAR. 1º PACIENTE PRIMÁRIA. FALTA DE INTERESSE AGIR. DOSIMETRIA. 2º E 3º PACIENTES. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. IGUALMENTE PREPONDERANTES. PRECEDENTES. 1º PACIENTE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*VI - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação.*

*VII - A Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT, firmou entendimento no sentido de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".*

[...]

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar a reprimenda definitiva dos pacientes DEIVID E ALEX, com a devida compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, para 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 460.831/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018), com destaques.*

**PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE FURTO EM DETRIMENTO DO ROUBO. CONFISSÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

**1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula n. 545 desta Corte.**

**2. "Embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial." (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)** 3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado n.º 182 desta Corte).

**4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 452.897/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018), com destaques.**

Imperioso, portanto, o reconhecimento do constrangimento ilegal, com o redimensionamento da pena imposta ao agravante.

No que toca ao crime de roubo, adoto os mesmos critérios da origem, exasperando a pena-base em 5 anos de reclusão e 20 dias-multa em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Na segunda fase, reconhecida a confissão, reduz-se a reprimenda em 1/6, totalizando 4 anos e 2 meses de reclusão e 16 dias-multa. Na terceira etapa, a pena foi aumentada em 3/8 em razão das majorantes, de modo que torno definitiva em 5 anos, 8 meses e 22 dias de reclusão e 22 dias-multa.

Fica mantido o regime inicial fechado em razão do reconhecimento da reincidência, o que se admite o agravamento do regime, nos termos do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP.

Por fim, no que se refere ao pedido formulado pelo Ministério Público Federal de execução provisória da pena, a Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de

3/3/2016, adotou a orientação firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 122.292/MG, de 17/2/2016) no sentido de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Os fundamentos do voto condutor do acórdão no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, encontram-se sintetizados na seguinte ementa:

*CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (HC 126292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 de 17-05-2016).*

Em julgado ocorrido em 5/10/16, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, por maioria, reafirmou o entendimento da possibilidade de execução provisória da pena, na ausência de recurso com efeito suspensivo.

Conquanto, recentemente, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal tenham se pronunciado pela necessidade de fundamentação nas hipóteses em que o réu respondera ao processo em liberdade, não houve decisão do plenário nesse sentido, prevalecendo o entendimento acima esposado.

Assim, exaurida a instância ordinária e, na pendência de recursos especial ou extraordinário, somente casuísticos efeitos suspensivos concedidos – por cautelar ou *habeas corpus* –, impedirão a execução provisória, ainda que concedido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

Ressalto que esta Corte permanece cumprindo a decisão mencionada do precedente do plenário da Suprema Corte, não obstante as fortes razões em contrário contidas em decisões da segunda turma daquela egrégia Corte - dispensada indicação casuística de necessidade da cautelar, pois assim não exigida pelo precedente aqui seguido.

Ante o exposto, julgo prejudicado o recurso especial do Ministério

Público e nego provimento ao agravo interposto por ALEXSANDRO DA SILVA FERREIRA, mas concedo a ordem de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea quanto ao delito de roubo com a posterior redução da pena para 5 anos, 8 meses e 22 dias de reclusão e 22 dias-multa, mantido o regime fechado.

Defiro o pedido formulado pelo Ministério Público Federal de execução provisória da pena, delegando ao Tribunal local a execução dos atos, a quem caberá a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento provisório.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator

