

HABEAS CORPUS Nº 558.621 - RJ (2020/0016629-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : HERBERT DE SOUZA COHN - RJ031123
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FLÁVIO DA SILVA LACERDA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de FLÁVIO DA SILVA LACERDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0040345-44.2016.8.19.0001).

Na primeira instância, ao que se infere dos autos, os quais não se encontram instruídos com cópia da sentença, o paciente foi condenado à pena de 9 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pelos crimes do art. 157, §2º, I, II e V, do Código Penal e do art. 244-B da Lei 8.069/90, na forma do art. 14, II, e do art. 69, ambos do Código Penal.

Dando parcial provimento ao recurso da defesa, o segundo grau de jurisdição definiu as penas em 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 10 dias-multa, em acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 13/15):

APELAÇÃO. Artigo 157, §2º, I, II e V, do Código Penal, e artigo 244-B, da Lei 8.069/90, tudo na forma do artigo 69, c/c artigo 14, II, ambos do Código Penal. Condenação. Agente que, no dia 10 de fevereiro de 2016, na Av. Brás de Pina, Bairro Penha, precisamente no posto de gasolina denominado Posto Ômega, consciente e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios com o adolescente infrator Márcio da Silva de Oliveira, tentou subtrair, para si ou para outrem, determinada quantia em dinheiro ainda não especificada, de propriedade do referido estabelecimento comercial, tendo a vítima Hamilton Marcelino de Oliveira, frentista do posto, sido rendido pelos

transgressores, mediante o emprego de arma de fogo, não tendo o delito se consumado por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, já que estes foram presos por Policiais Militares, durante a ação criminosa. **RECURSO DEFENSIVO.** Absolvição, quanto ao delito de corrupção de menores vez que, “não restou suficientemente comprovado ter o apelante corrompido ou facilitado a corrupção do adolescente infrator”. Reconhecimento do concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menor. Redução da fração aplicada, na terceira fase da dosimetria, face o reconhecimento das três majorantes do delito de roubo.

1 - Para a caracterização do delito previsto no artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, basta a comprovação da participação do adolescente no delito cometido pelo imputável, tratando-se de conduta ilícita de natureza formal, para a qual não importa se o menor já esteja corrompido e/ou apresente má índole, assim como se restou demonstrado que o agente “facilitou, estimulou ou encorajou” o mesmo a realizar a prática criminosa. Verbete sumular nº 500, do E. Superior Tribunal de Justiça.

2 - No concurso dos crimes de roubo e de corrupção de menores, aplica-se a regra do concurso material. Indubitável que, aquele que corrompe menor de idade para com ele praticar crime de roubo, age com desígnios autônomos, vindo a praticar crimes distintos, lesionando bens jurídicos diversos. No presente caso, o acusado, ao abordar a vítima Hamilton Marcelino de Oliveira, junto com o menor infrator Márcio da Silva de Oliveira, para unidos praticarem a conduta incriminadora de roubar a quantia pertencente ao posto de gasolina mencionado na denúncia, representou outra conduta autônoma e independente em relação à primeira, de forma a acarretar a incidência da regra contida no artigo 69, do Código Penal.

3 - O legislador pátrio, ao estabelecer as diversas causas especiais de aumento para o crime de roubo, criou uma margem de aumento de 1/3 até a metade, não podendo o Magistrado exceder o patamar permitido em lei, como ocorreu na presente hipótese. In casu, em sendo três as majorantes do crime de roubo, adequado se mostra o aumento das penas intermediárias pela fração de metade, suficiente e proporcional ao aumento contido na Lei Substantiva Penal, porquanto melhor atende aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

4 - Penas-base do delito roubo. Se as circunstâncias consideradas no decisorio, para fixação das penas-base acima dos mínimos legais mostrou-se infundada, eis que as anotações 1/4 e 2/4 do Folha Penal do acusado, foram consideradas na primeira fase da dosimetria, para aumentá-las, assim como na

segunda etapa de fixação da pena, como agravantes da reincidência, incorrendo em verdadeiro bis in idem, não podendo, ainda, a anotação 4/4, ser utilizada como maus antecedentes, a teor da Súmula 444, do E.

Superior Tribunal de Justiça, outra alternativa não resta, senão fixar as penas-base nos mínimos legais previstos para o tipo.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Neste *mandamus*, a defesa argumenta: (i) que é ilegítimo o aumento da pena pelo crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo, em concurso de pessoas e com restrição à liberdade da vítima à fração de 1/2, ou seja, além da fração mínima de 1/3, devido à ausência de fundamentação idônea; e (ii) que as penas relativas aos crimes de roubo e de corrupção de menores não devem ser aplicadas cumulativamente, conforme o art. 69 do CP, mas com um aumento de 1/6 sobre a pena mais grave, que seria a do roubo, conforme a regra do art. 70 do CP.

No mérito, pede o redimensionamento da pena.

Vieram informações da instância de origem (e-STJ, fls. 61/105).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, "*apenas para reduzir para 1/3 a fração das causas de aumento do roubo relativas ao emprego de arma, concurso de pessoas e restrição à liberdade de locomoção das vítimas*" (e-STJ, fls. 110/118).

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, registre-se que é indevida a impetração de *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio. No presente caso, porém, está configurada ilegalidade flagrante que autoriza a cognição de ofício da matéria.

Condenando o ora paciente por roubo praticado com emprego de arma de fogo, em concurso de pessoas e com restrição à liberdade da vítima, na redação anterior à Lei 13.654/2018, a instância de origem aplicou o aumento previsto no art. 157, § 2º, do CP à fração de 1/2, acima do mínimo

legal de 1/3, reformando a sentença que elevava a pena em 3/5 (e-STJ, fls. 15/16 e 28):

Relata a denúncia que, no dia dos fatos, a vítima Hamilton foi abordada pelos transgressores, que mediante emprego de arma de fogo, o obrigaram a entregar o dinheiro que se encontrava no interior do cofre do estabelecimento.

Descreve que, a vítima foi levada até o vestiário, setor em que havia uma porta que dava acesso ao cofre, todavia não conseguiu ingressar em tal recinto, pois a porta estava trancada.

A vítima, sob a mira da arma de fogo, e ameaçada de morte por palavras pelos transgressores, pediu para que seus colegas de trabalho, que se encontravam no local trancado, abrissem a porta, não sendo, todavia, atendida.

Consta que, Policiais Militares, acionados pelos colegas de trabalho da vítima, lograram abordar os transgressores, detendo rapidamente o adolescente Márcio da Silva, entretanto, o acusado recusou-se a se entregar, e, mediante o emprego de arma de fogo, fez a vítima Hamilton refém.

Após alguns minutos de negociação, com arma de fogo apontada para o pescoço da vítima, o acusado resolveu se entregar aos Policiais Militares, sendo, portanto, preso em flagrante delito.

Durante toda ação criminosa os transgressores mantiveram em seu poder a vítima Hamilton, restringindo sua liberdade, bem assim agredindo-a com tapas no rosto e na cabeça, e a ameaçando de morte.

(...).

Por outro lado, assiste razão à Defesa, quanto ao pedido de redução da fração de 3/5 aplicada na r. sentença, face o reconhecimento do artigo 157, §2º, I, II e V, do Código Penal.

O legislador pátrio, ao estabelecer as diversas causas especiais de aumento para o crime de roubo, criou uma margem de aumento de 1/3 até a metade, não podendo o Magistrado exceder o patamar permitido em lei, como ocorreu na presente hipótese.

In casu, em sendo três as majorantes do crime de roubo, adequado mostra-se o aumento das penas intermediárias pela fração de metade, porquanto melhor atende aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, evitando-se atribuir, assim, tratamento igual a situações fáticas diversas, uma mais grave que a outra, o que reflete o pensamento de considerável parte da jurisprudência.

Ao que se vê, há fundamentação concreta para a fração de 1/2 empregada pela instância de origem, que não decorreu de um critério puramente matemático, consistente no número de causas de aumento de pena (o que seria vedado pela Súmula 443 do STJ), mas sim de um critério qualitativo, atento às peculiaridades do caso concreto – máxime pela efetiva violência perpetrada contra a vítima, a qual foi feita refém com uma arma de fogo contra o seu pescoço e ameaçada de morte – e alinhado à jurisprudência desta Corte, que se ilustra nos seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRIME ANTERIOR À PRÁTICA DELITIVA. TRÂNSITO EM JULGADO ENTRE OS FATOS E A SENTENÇA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base. Precedentes.

4. A restrição à liberdade das vítimas, as quais foram mantidas presas dentro do estoque da loja por tempo juridicamente relevante, tendo sido soltas por outra vítima, depois dos agentes terem deixado o estabelecimento comercial, evidencia a incidência da causa de aumento da pena prevista no art. 157, § 2º, V, do CP.

5. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das causas de aumento do concurso de agentes e da restrição à liberdade das vítimas, aplicaram a fração de 3/8 para majorar a pena, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ. Isso por que as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o concurso de três agentes, os quais diziam que estavam portando armas de fogo, com a restrição à liberdade das vítimas - duas funcionárias e mais alguns clientes do estabelecimento comercial -, as quais foram abordadas dentro da loja e levadas para o depósito, tendo lá sido mantidas por todo o período da empreitada criminoso, e soltas, quando da fuga dos agentes, por outra vítima, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.

6. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Na hipótese, em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente e com circunstância judicial desfavorável, não há que se falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. Aplicação, a contrario sensu, do disposto na Súmula 269/STJ.

8. Writ não conhecido. (HC 553.521/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE

AGENTES, RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR AO MÍNIMO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. OBSERVÂNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O estabelecimento de fração acima da mínima legal, na terceira fase da dosimetria, deu-se, na espécie, não apenas pela quantidade de majorantes - emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade das vítimas -, mas com fundamentação concreta evidenciada pelo tempo maior que o necessário para a prática do roubo, o que implicou em maior sofrimento para os ofendidos, em observância ao enunciado da Súmula n. 443/STJ.

2. A fixação de regime prisional fechado para cumprimento da pena reclusiva - 5 anos e 6 meses de reclusão - justifica-se não apenas pela gravidade abstrata do delito de roubo majorado, mas pela gravidade da conduta aferida in concreto, evidenciada, in casu, pelo modus operandi empregado, porque praticaram o delito em concurso com o adolescente, restringindo a liberdade das vítimas, o que implicou em maior sofrimento para os ofendidos. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 499.113/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 16/09/2019)

Quanto à aplicação das penas relativas ao crime de roubo e ao crime de corrupção de menores, tratando-se de delitos cometidos no mesmo contexto fático, a instância de origem efetivamente não registrou diversidade entre os desígnios. A rigor, é possível extrair do acórdão que o ora paciente abordou o menor com a finalidade de perpetrar aquele roubo específico (e-STJ, fl. 24):

No que tange ao reconhecimento do concurso de crimes entre os delitos de roubo, e o delito de corrupção de menor, a sentença aplicou corretamente a regra do concurso material, não merecendo razão à Defesa, que postula o reconhecimento do concurso formal.

Com efeito, deve-se considerar que, estamos diante de infrações penais de espécies distintas - crime de roubo majorado e delito de corrupção de menores -, cujos bens jurídicos tutelados, sequer se assemelham, visto se tratar o primeiro do patrimônio e, o segundo da formação moral da criança e do adolescente.

Indubitável que, aquele que corrompe menor de idade para com

ele praticar crime de roubo, age com desígnios autônomos, vindo a praticar crimes distintos, lesionando bens jurídicos diversos.

In casu, o acusado, ao abordar a vítima Hamilton Marcelino de Oliveira, junto com o menor infrator Márcio da Silva de Oliveira, para unidos praticarem a conduta incriminadora de roubar a quantia pertencente ao posto de gasolina mencionado na denúncia, representou outra conduta autônoma e independente em relação à primeira, de forma a acarretar a incidência da regra contida no artigo 69, do Código Penal.

A justificativa adotada para impedir o reconhecimento do concurso formal, de que se tratam se delitos de espécies diferentes, não tem guarida na jurisprudência desta Corte, a teor dos seguintes julgados:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO EVIDENCIADA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. SUPRIMENTO DO VÍCIO. CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS E DE PLURALIDADE DE CONDUTAS. CONCURSO FORMAL. RECONHECIMENTO QUE PRESCINDE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O entendimento pacífico deste STJ é no sentido de que a negativa de seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental.

2. O crime de corrupção de menor foi cometido no mesmo contexto fático e momento da prática do crime de roubo, razão pela qual se mostra mais correto o reconhecimento do concurso formal de crimes, uma vez que não restou demonstrada, de forma concreta, a autonomia das condutas ou a precedência de uma em relação à outra. Infere-se no caso que, mediante uma única ação, o paciente praticou ambos os delitos, tendo a corrupção de menores se dado em razão da prática do delito patrimonial. Sendo assim, de rigor o reconhecimento do concurso formal.

3. Não há que se falar em reexame de provas, uma vez que a aplicação da regra do concurso formal de crimes no presente

caso amparou-se na narrativa dos fatos constantes da própria sentença, donde se extrai que a autonomia entre os crimes de roubo e de corrupção de menor e a pluralidade de desígnios - elementos configuradores do concurso material de crimes - não restaram delineadas, tendo ambos os delitos ocorridos no mesmo contexto fático.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 532.029/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 13/02/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. PRESENÇA. VERIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 7 DO STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES PRATICADOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. CONCURSO FORMAL CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. A Corte a quo entendeu estarem presentes todos os requisitos subjetivos e objetivos para o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo imputados ao Agravado. Para rever a conclusão, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, inviável em recurso especial, nos termos da Súmula n.º 7 do STJ.

2. Valorar provas é dizer se determinado meio probatório é juridicamente apto para demonstrar a ocorrência de determinado evento, como, por exemplo, a discussão acerca da possibilidade de prova exclusivamente testemunhal comprovar a qualificadora do rompimento de obstáculo no delito de furto.

3. O que se pretende no recurso especial é que esta Corte Superior verifique se, no caso concreto, estariam presentes os requisitos objetivo e subjetivo para o reconhecimento da continuidade delitiva, o que é nítido reexame do acervo probatório, vedado nesta via recursal, nos termos da Súmula n.º 7 do STJ.

4. Esta Corte Superior firmou sua compreensão no sentido de que "deve ser reconhecido o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores (art. 70, primeira parte, do CP) na hipótese em que, mediante uma única ação, o réu praticou ambos os delitos, tendo a corrupção de menores se dado em razão da prática do delito patrimonial" (REsp 1.719.489/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018).

5. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício. (AgInt no AREsp 1595833/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 17/02/2020)

Passo, portanto, a refazer a dosimetria.

Inalterado o acórdão quanto às penas do crime de roubo tentado, definidas em 4 anos e 6 meses de reclusão e 10 dias-multa, bem como quanto à pena do crime de corrupção de menor, definida em 1 ano de reclusão, o reconhecimento do concurso formal resulta no aumento de 1/6 sobre a pena mais grave, a teor do art. 70 do CP (primeira parte), tornando-se as sanções definitivas em 5 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 11 dias-multa.

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem**, de ofício, para, reconhecido o concurso formal entre os delitos, reduzir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Intimem-se.

Brasília, 22 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator