HABEAS CORPUS Nº 494.158 - SP (2019/0047098-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALBERTO GOMES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ALBERTO GOMES contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

> Roubo circunstanciado. Condenação na origem. Materialidade e autoria demonstrados ante o reconhecimento realizado pela vítima na etapa policial e ratificado na fase judicial. Validade das declarações prestadas pelo ofendido. Conjunto probatório que comprova a responsabilidade penal do acusado.
> Corrupção de menores. Delito de natureza formal. Verbete n. 500 do E. STJ. Prova oral coligida aos autos demonstra o envolvimento de adolescente na empreitada criminosa.
> Pena. Reajuste das reprimendas. Exclusão da agravante da reincidência. Anotação que se refere a fato posterior ao caso em tela. Manutenção do concurso material entre as infrações. Regime fechado amplamente justificado. Apelo parcialmente provido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nos arts. 157, § 2º, II, do CP e 244-B do ECA à pena de 6 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a 13 dias-multa.

Sustenta a impetrante, em suma, haver constrangimento ilegal porquanto, *diante de uma única ação, restou configurada a prática de dois crimes , sendo forçosa a aplicação do concurso formal de crimes* (fl. 5), bem como porque *a pena imposta e a primariedade do paciente permitem, portanto, a fixação de regime prisional intermediário* (fl. 12).

Requer, em liminar, a fixação do regime inicial semiaberto e, no mérito, seja reconhecido o concurso formal entre crimes de roubo e corrupção de menores, além da confirmação da liminar.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pela concessão do *habeas corpus* para fixar regime semiaberto.

É o relatório.

DECIDO.

Quanto ao reconhecimento do concurso formal entre o crime de roubo

e de corrupção de menores, o Colegiado de origem assentou (fls. 33-35):

> Aprecio, por seu turno, as questões concernentes à imputação do art. 244-B da Lei n. 8.069/1990.
>
> Respeitosamente, consigno a orientação propagada no E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime de corrupção de menores (art. 244-B, da Lei n. 8.690) é delito de natureza formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do adolescente, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos (HC 179080/SP 5ª t. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho j. 3.2.2011).
>
> Tal entendimento ainda está consubstanciado no verbete n. 500, do E. Superior Tribunal de Justiça: "A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".
>
> Não se pode olvidar que cada nova prática criminosa em que os menores participem contribui para aumentar a degradação de suas personalidades (inocentia consilii), sendo irrelevante, portanto, a constatação de ter sido o adolescente anteriormente autor de ato infracional ou responder por outro delito.
>
> Na hipótese em tela, diante da prova oral coligida, ficou comprovado o envolvimento de adolescente no crime de roubo, especialmente por conta das palavras da vítima, ao apontar o menor como um dos responsáveis pela ação delitiva.
>
> [...]
>
> Outrossim, **não se há aplicar o concurso formal entre os crimes de roubo e corrupção de menores, porquanto as objetividades jurídicas das infrações são absolutamente distintas, a ensejar a incidência do concurso material,** cf. o entendimento desta Egrégia Nona Câmara, confira-se em aresto de lavra deste subscritor, cf. Apel. Nº 0096302-82.2016.8.26.0050, j. em 5.10.2017, razão pela qual preservo o concurso material.

Nota-se que, a fim de afastar o concurso formal, a Corte *a quo* embasou-se tão somente na objetividade jurídica das infrações praticadas

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça exige, para que seja caracterizado o concurso material, a análise da existência de condutas distintas e de desígnios autônomos (HC 469.096/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 13/12/2018).

Na hipótese dos autos, tendo sido considerado consumado o delito de corrupção de menores pela mera participação do inimputável no crime praticado pelo paciente (fl. 33), portanto, sem a demonstração de desígnio autônomo, impõe-se o reconhecimento do concurso formal.Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRIMEIRA FASE. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO

> INIDÔNEA. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA N. 443/STJ. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DOSIMETRIA. UNIFICAÇÃO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS E DE PLURALIDADE DE CONDUTAS. CONCURSO FORMAL. RECONHECIMENTO QUE PRESCINDE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> […]
> VII - **Na hipótese dos autos as instâncias de origem aplicaram o concurso material sem apresentar fundamento suficiente para concluir pela existência de condutas distintas e desígnios autônomos. Impõe-se o reconhecimento do concurso formal, na forma do art. 70 do CP, sem que seja necessária a rediscussão de fatos e provas, porquanto foi reconhecido que o delito de corrupção de menores consumou-se pela mera participação do menor no crime de roubo perpetrado.** Precedentes.
> Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reformular a dosimetria da pena.
> (HC 466.746/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019).

Sendo assim, reconheço o concurso formal entre o roubo majorado e a corrupção de menores para aplicar a pena mais grave de **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**, nos moldes do art. 70 do CP.

No que se refere ao regime prisional, assim constou do acórdão (fl. 36):

> No que tange ao regime penitenciário, reconhecido o concurso material entre delitos cujas penas cominadas possuem natureza idêntica (reclusão), devem ser iniciados, pois, no mesmo programa.
> Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais benéfico só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem pública com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.
> Destarte, não se há de tabelar regime de cumprimento pela dimensão da reprimenda.
> Consoante entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, "a estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda." (HC n. 262.939/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ªT, Dje de 25/4/2014).

> Ora, à medida "em que a criminalidade recrudesça ese agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz social, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostá-la, mercê de uma mais adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito" (verbis no Agravo em Execução n. 509.131-7, rel. Des. CANGUÇU DE ALMEIDA, TACRIM/SP).
>
> Aliás, um dos delitos cometidos deu-se mediante grave ameaça, sabendo-se que fatos dizem mais do que ideias: roubo é ação que expõe graves perspectivas emocionais do seu cometedor, pessoa agressiva, destemida e que faz pouco caso do trabalho realizado pelo próximo, cujo próprio esforço acumulou bens, agora transferidos para mãos ilegítimas pelo emprego da grave ameaça, senão da própria violência. Pior: conturba a paz social, promove intranquilidade e, não bastasse os danos materiais, ainda obriga que as pessoas ordeiras gastem mais com o reforço de sua segurança, o que exige o mais firme posicionamento estatal em sua repressão, especialmente pela adoção dos programas mais severos de ressocialização.[...]

A Terceira Seção desta Corte entende ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC 362.535/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. para o acórdão Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 8/3/2017).

Na espécie, todavia, o Colegiado de origem valeu-se de argumentos baseados na gravidade abstrata do delito e nos genéricos efeitos sociais da criminalidade para a fixação de regime prisional mais severo, o que, a teor da iterativa jurisprudência das Cortes Superiores, é expressamente vedado. A propósito:

> HABEAS CORPUS. *PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CONTINUIDADE DELITIVA. DUAS INFRAÇÕES. MAJORAÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA. DESCABIMENTO.*
>
> 1. A consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, não servindo para agravar a pena-base.
>
> 2. A afirmação de que o roubo teria colocado em risco a vida da vítima e causado intranquilidade social bem como a de que as circunstâncias prejudicavam os acusados têm natureza genérica, uma vez que não se fizeram acompanhar de nenhum elemento concreto extraído do delito pelo qual estavam os pacientes sendo apenados.
>
> 3. O prejuízo da vítima é inerente aos crimes contra o patrimônio. Assim, salvo se demonstrada a gravidade exacerbada da lesão, não se presta para fundamentar a análise negativa das consequências do crime. Da mesma

> forma, por se tratar de elementar, a busca pelo lucro fácil não é apta para agravar os motivos do delito.
> 4. É descabido atribuir desvalor à conduta social e à personalidade se não há dados concretos nos autos aptos para formar, de maneira segura, a convicção do julgador. Igualmente, não pode lastrear a negativação dessas circunstâncias a existência de processos em curso.
> 5. Se os antecedentes foram considerados negativos, mas nem a sentença nem o acórdão fizeram menção à existência de condenação criminal transitada em julgado, tem incidência a Súmula 444/STJ.
> 6. A exasperação da pena pelas instâncias ordinárias apenas em razão do número de causas de aumento vai de encontro ao comando da Súmula 443/STJ.
> 7. **Sendo os pacientes primários e reduzidas as penas-base ao mínimo legal em razão da ausência de circunstâncias judiciais negativas, impõe-se o estabelecimento do regime inicial semiaberto, mormente porque a opção pelo regime mais severo, nas instâncias ordinárias, foi fundamentada na gravidade abstrata do delito.**
> 8. Se as instâncias ordinárias reconheceram a prática de dois crimes em continuidade delitiva, a exasperação da reprimenda na fração máxima de 2/3 destoa da jurisprudência desta Casa, que, nessa hipótese, determina que a majoração ocorra no piso mínimo de 1/6.
> *9. Ordem concedida, com extensão ao corréu, Valmir Antunes Gallardo, para reduzir as penas-base ao mínimo legal, bem como para aplicar a menor fração de aumento na terceira fase da dosimetria (1/3). Habeas corpus deferido, de ofício, em relação a ambos, a fim de fixar o regime inicial semiaberto e, quanto ao mencionado corréu, para reduzir a majoração da reprimenda pela continuidade delitiva à fração mínima de 1/6, ficando as penas redimensionadas nos termos do voto"* (HC 136.451/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 12/09/2011).

Nesse contexto, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento concreto contraria o disposto nas Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF, *in verbis*:

> 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.
> Súmula 718/STF: 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.
> Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Sendo assim, não se justifica a imposição de regime inicial fechado a paciente primário, condenado à pena reclusiva superior a 4 anos e inferior a 8 anos – **5 anos e 4 meses de reclusão** –, cuja pena-base foi fixada no mínimo

legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus o paciente ao regime **semiaberto**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º, *c*, e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reconhecer o concurso formal, reduzindo a pena a 5 anos e 4 meses de reclusão e a 13 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator