HABEAS CORPUS Nº 489.303 - SP (2019/0010608-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	TIAGO DE JESUS MONTEIRO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** com pedido de liminar, impetrado em favor de **TIAGO DE JESUS MONTEIRO**, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0007967-67.2016.8.26.0477.

O paciente foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal (fls. 12-16).

O Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo da defesa, ao passo em que deu provimento ao apelo ministerial, **para condenar o paciente pela prática do crime de corrupção de menor, em concurso material com o delito de roubo, à pena total de 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa** (fls. 17-29).

No presente **writ**, alega a Defensoria Pública que a presença do adolescente na conduta delitiva foi valorada por meio da majorante do concurso de pessoas, de modo que a condenação do réu por crime de corrupção de menores constitui vedado **bis in idem**.

Acrescenta que, mesmo diante da condenação por ambos os delitos, seria aplicável ao caso a regra do concurso formal de crimes, *"tendo em vista que com uma única ação o acusado teria cometido dois crimes diversos, o roubo e a corrupção de menores"* (fl. 5).

Defende que a fixação do regime fechado para o início de

cumprimento da pena ofende os princípios da proporcionalidade e individualização da pena e destaca que a ausência de circunstâncias desfavoráveis e o **quantum** imposto na reprimenda autorizam o estabelecimento do regime intermediário.

Requer, ao final, a reforma do acórdão recorrido "*a fim de manter-se a sentença de primeiro grau que absolveu o acusado ante o delito de corrupção de menores"* (fl. 7). Subsidiariamente, pede o reconhecimento do concurso formal de crimes, com a majoração da pena em sua menor fração, e o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 34-35).

As informações foram prestadas às fls. 41-65.

O Ministério Público Federal, às fls. 67-72, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO (ART. 157, § 2º, II DO CP) E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DO ECA). CAUSA DE MAJORAÇÃO DO ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDUTAS AUTÔNOMAS. BENS JURÍDICOS TUTELADOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. POSSIBILIDADE. ART. 70, CAPUT, PRIMEIRA PARTE, DO CP. REGIME PRISIONAL PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. INVIABILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. SÚMULA 440/STJ. PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, PARA REDIMENSIONAR A PENA DO PACIENTE, BEM COMO ALTERAR O REGIME PRISIONAL, DO FECHADO PARA O SEMIABERTO."*

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso

adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **writ.**

A pretensão deduzida no **mandamus** tem como fundamento que a presença do adolescente na conduta delitiva foi valorada por meio da majorante do concurso de pessoas, de modo que a condenação do réu por crime de corrupção de menores constitui vedado **bis in idem**.

Acerca do **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"No que tange à absolvição pelo crime de corrupção de menores, a r. sentença deve ser reformada, como requerido pelo Ministério Público.

Isto porque, ao contrário do entendimento reinante em primeira instância, inexiste "bis in idem" na condenação por corrupção de menores cumulada com o reconhecimento, no crime de roubo, da causa de aumento do concurso de agentes.

O recrudescimento da reprimenda devido à pluralidade de autores, como já citado, justifica-se ante à maior gravidade do delito, facilitado por serem diversos os roubadores, o que denota maior vulneração das vítimas.

Por sua vez, o crime previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, ao tutelar a boa formação moral da criança e do adolescente, possui como sujeito passivo o próprio comparsa menor.

Perfeitamente possível a coexistência entre os dois delitos, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e os crimes, autônomos.

Na hipótese, inexiste flagrante ilegalidade a ser sanada pela via do **wri**t, uma vez que, de acordo com a orientação desta Corte, *"Não configura bis in idem a condenação pelo crime de corrupção de menores e a incidência da causa de aumento de pena do roubo praticado em concurso de agentes, porque as duas condutas são autônomas e alcançam bens jurídicos distintos, não havendo que se falar em consunção"* (HC n. 418.146/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, **Quinta Turma**, DJe 29/11/2017).

A defesa também sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal na derradeira fase da aplicação da pena, em razão da incidência do concurso

material de crimes, em detrimento do concurso formal, ou da continuidade delitiva.

Acerca do controvérsia, a Corte **a quo** consignou: *"Reconheço o concurso material, por tratar-se delitos autônomos, com bens jurídicos tutelados distintos."*

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 5/12. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO. PEDIDO PREJUDICADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. CONCURSO FORMAL DE DELITOS. RECONHECIMENTO. VIA ELEITA INADEQUADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, como no caso dos autos, ressalvando-se, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.*
>
> *2. Na segunda fase da dosimetria relativa ao delito de roubo majorado, a pena foi aumentada em 5/12, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal - CP), em desrespeito ao Enunciado n. 443 da Súmula do STJ.*
>
> *3. A ressalva no decreto condenatório, de que o paciente, preso desde o dia 29/8/2013, fazia jus à progressão de regime e cumpriria o restante da reprimenda no regime semiaberto, inviabiliza o exame do pedido, quanto a este aspecto.*
>
> *4. Reconhecendo o Tribunal a quo a ocorrência de condutas autônomas que concorreram para a prática de delitos de natureza diversa - roubo majorado e corrupção de*

menores -, a via eleita não é adequada à mudança desse entendimento, por demandar necessário revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, especificamente quanto ao delito de roubo majorado na modalidade tentada, que se torna definitiva em 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 8 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório."(HC 334.378/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 10/02/2017).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. TERCEIRA FASE. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL ENTRE OS DOIS CRIMES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE, NESTA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente específico, fato que justifica o incremento da pena, em um terço, na segunda fase da dosimetria.

2. A descaracterização do concurso material entre os dois crimes cometidos demandaria, necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidos nos autos, o que é vedado em sede de habeas corpus. Na espécie, o Tribunal de origem afirmou que os crimes foram praticados mediante mais de uma ação com desígnios autônomos, conclusão que torna inviável, nesta via eleita, a aplicação do concurso formal.

3. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada." (HC 378.443/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 11/05/2017).

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena,** conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

"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."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

"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."

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

In casu, o regime fechado foi estabelecido com base em considerações vagas e genéricas relativas às majorantes do crime, sem qualquer fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso.

Desse modo, sendo o paciente primário e fixada a pena-base no mínimo legal, eis que favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto se mostra o mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Nesse sentido:

> *"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.*

3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de roubo, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Além disso, o simples fato de o paciente ter sido beneficiado com o reconhecimento da continuidade delitiva não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, estiver descontando pena em regime mais severo" (HC n. 356.130/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/11/2016).

Ante o exposto, não conheço do **writ**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para **fixar o regime intermediário (semiaberto)**, para o início do desconto da reprimenda, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator