HABEAS CORPUS Nº 454.439 - SP (2018/0142545-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIS GUSTAVO CORDEIRO STURIAN - SP300125
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	PATRICK HENRIQUE AFONSO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PATRICK HENRIQUE AFONSO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0019309-61.2016.8.26.0320.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de roubo circunstanciado tentado (art. 157, §2º, I e II, c.c art. 14, II, ambos do Código Penal).

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao apelo do *Parquet* para reconhecer que o delito de roubo estava consumado, bem como para condenar o ora paciente também pelo crime de corrupção de menores (art. 244-B do ECA), impondo a pena final de 6 anos e 5 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado (fls. 172/181).

No presente *writ*, a defesa sustenta que o aumento da pena, na terceira fase, está contrário ao Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte; que o paciente faz jus à regime inicial mais brando; e, por fim, que ocorreu indevido *bis in idem*, em razão da condenação por roubo majorado pelo concurso de pessoas, concomitantemente com a condenação pelo crime de corrupção de menores.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução do aumento da pena na terceira fase ao mínimo, a fixação do regime semiaberto e a absolvição do delito de corrupção de menores.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas informações, o Ministério Público Federal manifestou pelo não conhecimento do *writ*, nos termos da seguinte

ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA QUESTÃO DE FUNDO, PORÉM, PARA VERIFICAR SE HÁ ILEGALIDADE FLAGRANTE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA – NO CASO, AUSENTES. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 157, §2º, I e II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DO ECA). ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE ROUBO. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARGUMENTOS CONCRETOS. POSSIBILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA REALIZADA COM USO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE AGENTES. ALEGADO BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONCOMITANTE DA MAJORANTE DO § 2º, II, DO ART. 157 DO CP COM O ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90. CONDUTAS AUTÔNOMAS. PRECEDENTES DO STJ. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO IMPUGNADA QUE FUNDAMENTOU A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO) DIANTE DA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA APTA A AUTORIZAR A ATUAÇÃO DE OFÍCIO DESSA CORTE SUPERIOR. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.* (fl. 229)

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

A primeira controvérsia diz respeito à escolha da fração decorrente das majorantes do delito de roubo.

Em primeiro grau, o magistrado aplicou a fração de 3/8, em razão das duas causas de aumento (art. 157, § 2º, I, e II, do Código Penal):

> *[...]*
> *Esta pena deve ainda ser acrescida de 3/8 em virtude das qualificadoras do emprego de arma e concurso de agentes, os quais eram três, sendo fixadas em cinco anos e seis meses de reclusão e treze*

dias-multa. (fl. 104)

Em apelação, da acusação, o Tribunal manteve a sentença, nesse ponto, asseverando:

> *[...]*
> *Passo à dosagem da pena.*
> *A priori, em que pese a consideração pelo parquet da formação de concurso material, o caso em apreço melhor se adequa ao concurso formal de crimes (heterogêneo), na esteira do artigo 70, do Código Penal, visto ter o agente praticado dois crimes mediante uma única ação.*
> *Dessa forma, através do sistema da exasperação, importa a dosagem do crime com previsão de pena mais grave, aumentada de um sexto até metade, o qual, in casu, é o delito de roubo.*
> *Na primeira fase, as circunstâncias judiciais são favoráveis, notadamente por ser o acusado primário e possuidor de bons antecedentes. As penas-base são fixadas nos mínimos legais, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.*
> *Na segunda fase, inexistem atenuantes e agravantes a serem consideradas.*
> ***Na terceira fase, entendeu o magistrado sentenciante majorar as reprimendas à razão de três oitavos, um pouco acima do mínimo, tendo em vista a utilização de arma (de fogo) e a participação de três agentes na empreitada criminosa.***
> ***A fração de aumento deve ser mantida, pelos argumentos no parágrafo anterior expostos, levando-se em consideração, outrossim, o princípio da individualização da pena, a fim de não se igualar situações distintas. As penas resultam em 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa.***
> *Ainda na terceira fase, operado o concurso formal de crimes (roubo e corrupção de menores), exaspero as reprimendas à razão de um sexto, tornando-as definitivas em 6 anos e 5 meses de reclusão e 15 dias-multa.*
> *O § 3º, do artigo 33, do Código Penal, permite ao julgador valorar as circunstâncias judiciais como norte para se determinar o regime.*
> *Sendo assim, as circunstâncias do crime, notadamente a participação de um adolescente na empreitada criminosa e o emprego de arma de fogo, autorizam o total encarceramento, exigindo-se maior rigor na conduta do acusado.*
> *Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo ministerial, para condenar Patrick Henrique Afonso como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, c.c. o artigo 244-B, do ECA, na forma do artigo 70, do Código Penal, às penas de 6 anos e 5 meses de reclusão e 15 dias-multa, em regime inicial fechado,*

mantendo-se, no mais, o decisum a quo. (fls. 178/179)

A fundamentação apresentada no acórdão mostra-se idônea, pois está baseada em elementos concretos indicadores da maior gravidade da conduta, sobretudo o fato de o delito ter sido praticado por maior número de agentes (três) não havendo ofensa ao Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, o qual assim dispõe:

> *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.*

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO QUE TAMBÉM SE ALICERÇOU NA GRAVIDADE CONCRETA DO TIPO PENAL VIOLADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> ***- É de ser mantida a fração de aumento de 3/8, ante as majorantes do art. 157, § 2°, incisos I e II, do Código Penal, pois as instâncias ordinárias fundamentaram a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do delito - a participação de mais de dois agentes no momento da empreitada -, circunstâncias que justificam o emprego da fração escolhida. Precedentes.***
>
> *[...]*
>
> *- Habeas corpus não conhecido.* (HC 391.273/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 08/06/2017)

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1) UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. 2) DOSIMETRIA.*

AUMENTO DA PENA EM 3/8 NA TERCEIRA FASE. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO E ELEVADO NÚMERO DE AGENTES QUE PARTICIPARAM DA EMPREITADA CRIMINOSA (QUATRO). FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA - STJ. 3) PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA NA QUANTIDADE DE AGENTES ROUBADORES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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". Ressalva do entendimento deste Relator.

- Todavia, na hipótese, o aumento da pena na fração de 3/8 foi devidamente justificado nas circunstâncias do roubo, ou seja, no emprego de arma de fogo e no elevado número de agentes que participaram da empreitada criminosa, o que demonstra sua maior ousadia e periculosidade, não incidindo, portanto, a Súmula n. 443/STJ.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. (HC 317.148/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 29/04/2015)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, também não assiste razão à impetrante.

Embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, foi estabelecido o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos, qual seja, o crime ter sido praticado com a participação de um adolescente e, especialmente, com o emprego de arma de fogo, artefato que possui grande potencial lesivo.

Dessa forma, verifica-se que restou demonstrada uma maior reprovabilidade na conduta do paciente, justificando o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440/STJ. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Na hipótese, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado à paciente Bruna, pois foi aplicado com base na gravidade concreta do modus operandi do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo, cometido em concurso de três agentes, com simulacro de arma de fogo, em via pública e no período noturno, ameaçando duas vítimas mulheres. Quanto ao paciente Eduardo, o regime mais gravoso foi fixado em razão da reincidência. Precedentes desta Corte.

- A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. No caso, ainda que realizado o desconto do quantum da pena, do período que os pacientes se mantiveram em custódia preventiva, não há constrangimento ilegal na fixação pelo magistrado de regime inicial mais gravoso, fundamentando-se na reincidência de um dos pacientes e no modus operandi do delito, que recomendam maior rigor no cumprimento da pena.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 355.088/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016).

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CP. ART. 244-B DO ECA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou particularidade fática, destacando "as circunstâncias do crime de roubo, praticado mediante o emprego de simulacro de arma de fogo e concurso de três agentes, um deles adolescente, que abordaram vítima mulher com sua filha de dez

anos, revelando periculosidade incomum dos apelantes" (fl. 26), o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 380.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017).

Por fim, registre-se que segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, *"não configura bis in idem a incidência da causa de aumento referente ao concurso de agentes no delito de roubo, seguida da condenação pelo crime de corrupção de menores, já que são duas condutas, autônomas e independentes, que ofendem bens jurídicos distintos"* (HC n. 362.726/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 6/9/2016).

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

ROUBO MAJORADO POR CONCURSO DE AGENTES E CORRUPÇÃO DE MENORES. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. ERRO DE TIPO NÃO EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DESACOMPANHADA DE OUTRAS PROVAS.

1. 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.

[...]

2. Habeas corpus não conhecido. (HC 418.146/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO ANTE O CONCURSO DE AGENTES E PELO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, POR OFENSA AO NE BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDUTAS AUTÔNOMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Nos termos do entendimento do Superior Tribunal de

Justiça "não configura bis in idem a incidência da causa de aumento referente ao concurso de agentes no delito de roubo, seguida da condenação pelo crime de corrupção de menores, já que são duas condutas, autônomas e independentes, que ofendem bens jurídicos distintos (AgRg no AREsp 1108658/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 23/08/2017).

- Na espécie, o Tribunal local assentou que a conduta descrita como o delito de roubo majorado pelo concurso de agentes não absorve o crime de corrupção de menores, porque restou evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência ou subordinação, fundamentação que se alinha à jurisprudência desta Corte. Precedentes.

- *Habeas corpus não conhecido.* (HC 405.448/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES E ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. BIS IN IDEM. AUSÊNCIA.

1. 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, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017). Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1719829/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator