

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 532.029 - SP (2019/0268037-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IGOR YURI DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de **IGOR YURI DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 8 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, c/c os arts. 14, II, e 29, todos do Código Penal.

Irresignados, o *Parquet* estadual e a defesa apelaram ao Colegiado de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso ministerial para redimensionar a pena do crime de roubo para 3 anos, 7 meses e 17 dias de reclusão e 8 dias-multa e condenar o paciente pelo crime de corrupção de menor (art. 244-B do ECA) à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em concurso material. Eis a ementa do acórdão:

"Apelação. Crimes de roubo majorado tentado, e de corrupção de menores. Recurso do Réu. Aplicação de fração maior em razão da tentativa no crime de roubo. Impossibilidade. Fixação de regime inicial diverso do fechado. Não cabimento. Recurso do Ministério Público. Afastamento da compensação da reincidência com a confissão espontânea. Necessidade. Readequação da sanção penal. Condenação pelo crime de corrupção de menores. Necessidade. Aplicação de sanção penal Não provimento ao recurso do Réu. Provimento ao recurso do Ministério Público." (e-STJ, fl. 32)

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em resumo, que: a) o delito de corrupção de menor teria ocorrido no momento em que o paciente praticou o crime de roubo junto com o adolescente, assim seria aplicável ao caso a regra do concurso formal de crimes e não material; b) o paciente confessou integralmente os fatos, devendo a atenuante da confissão ser compensada com a agravante da reincidência.

Sem pedido de liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 57-62).

Requer a concessão da ordem para que a pena do paciente seja readequada, aplicando-se a regra do concurso formal entre o delito de roubo e corrupção de menor, bem como para seja integralmente compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

É o relatório.

Decido.

Superior Tribunal de Justiça

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, 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.

Nesse contexto, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

No que toca ao pleito de aplicação do concurso formal de crimes, observa-se que a Corte de origem, ao condenar o paciente pela prática do crime previsto no art. 244-B do ECA, reconheceu o concurso material com o crime de roubo nos seguintes termos:

"Os crimes de roubo majorado e corrupção de menores são autônomos e possuem características distintas, sabido que não ocorrem no mesmo momento, precedendo, por lógica, o crime de corrupção à prática do crime posterior - aqui o de roubo -, daí porque não se pode falar em uma única conduta, mas em ações distintas e temporalmente separadas. Além disso, as sanções penais também são específicas, uma delas com previsão em Lei Especial, assim como também são diversos os bens jurídicos tutelados em cada caso, sendo de rigor a manutenção do concurso material de crimes (artigo 69, 'caput', do Código Penal)." (e-STJ, fl. 39)

Conforme se extrai da leitura do excerto, o Tribunal de origem aplicou a regra do concurso formal por entender que os crimes de roubo e de corrupção de menor são autônomos, tutelam bem jurídicos diversos e são previstos em diplomas legais distintos. Ademais, o Colegiado local adotou por premissa lógica que o crime de corrupção de menor precede o crime de roubo.

Contudo, sem que se considere equivocado tal entendimento, cabe destacar que as conclusões acima expostas foram tomadas a partir de uma análise abstrata, que não levou em conta o contexto fático dos autos.

In casu, as condutas delituosas foram assim narradas na sentença:

"IGOR YURI DA SILVA (R.G.71.412.629) foi denunciado como incurso no artigo 157, §2º, inciso II c.c. artigos 14, inciso II e artigo 29, todos do Código Penal, porque, segundo a peça inicial, no dia 25 de maio de 2017, por volta das 21h40, na Rua Lagoa do Biriba, nº 10, Município de São Paulo, juntamente com o adolescente de 16 anos Leonel Oliveira Marques da Silva e um terceiro infrator não identificado, previamente ajustados e com identidade de propósitos, tentaram subtrair para si coisa alheia móvel, valendo-se de grave ameaça e do concurso de pessoas, somente não logrando sucesso na investida, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta, ainda, do incluso inquérito que nas mesmas circunstâncias

Superior Tribunal de Justiça

acima descritas IGOR YURI DA SILVA corrompeu e facilitou a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal e induzindo-o a praticá-la." (e-STJ, fl. 19)

Da narrativa constante da sentença denota-se que o crime de corrupção de menor foi cometido no mesmo contexto 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 demonstrado, 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, conforme entendimento esposado nos julgados:

"DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, EXTORSÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONDENAÇÃO. ROUBO E EXTORSÃO. AÇÕES DIVERSAS. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CRIME ÚNICO. NÃO OCORRÊNCIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. CONCURSO MATERIAL MANTIDO. CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Em se tratando de ações diversas e com desígnios autônomos, não há falar na existência de crime único entre os delitos de roubo e extorsão, mantendo-se incólume o concurso material. Para se concluir em sentido diverso, seria necessário o revolvimento do arcabouço fático-probatório, providência inviável no veio restrito e mandamental do habeas corpus.

2. Conforme entendimento pacífico desta Corte, não há continuidade delitiva entre os delitos de roubo e extorsão, porque de espécies diferentes.

3. 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.

4. Ordem parcialmente concedida."

(HC 411.722/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 26/02/2018);

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECURSO DE APELAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA COMO DESFAVORÁVEL NO JULGAMENTO DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. *REFORMATIO IN PEJUS*. CONCURSO FORMAL OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. Em atenção ao disposto no artigo 617 do Código de Processo Penal, não é admissível que a Corte Estadual, em julgamento de

Superior Tribunal de Justiça

recurso exclusivo da defesa, majore a pena na primeira fase da dosimetria com base na consideração negativa de circunstância tida como favorável na sentença (no caso, os antecedentes), sob pena de reformatio in pejus.

2. 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.

3. Recurso especial provido."

(REsp 1648534/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO.

POSSIBILIDADE PARA O PACIENTE DIOGO. ACUSADO REINCIDENTE. PACIENTE CRISTOFER. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. PRIMÁRIO COM A PENA-BASE NO MÍNIMO E PENA INFERIOR A 8 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A teor do que dispõe o art. 70 do Código Penal, verifica-se o concurso formal de crimes quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.

- No caso, há concurso formal entre os crimes, porquanto a corrupção de menores se deu em razão da prática do delito do roubo majorado, constatando-se, assim, uma só ação para a prática de dois crimes.

- Em relação ao regime arbitrado, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

- No caso dos autos, em relação ao paciente DIOGO, verifica-se ser inviável arbitrar outro regime que não seja o mais gravoso, porquanto o quantum da pena ficou em 5 anos e 4 meses e o paciente é reincidente.

- Em relação ao paciente CRISTOFER, após fixada a pena-base no mínimo legal, o regime inicial fechado foi determinado sem fundamentação concreta. Portanto, tratando-se de paciente primário, condenado à pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime semiaberto para cumprimento da pena, nos termos do art.

33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para

Superior Tribunal de Justiça

redimensionar a pena dos pacientes e fixar o regime semiaberto apenas para o paciente CRISTOFER."

(HC 330.550/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 12/05/2016).

Prosseguindo-se na análise da impetração, verifica-se que a Corte local afastou a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência com base na seguinte fundamentação:

"Equivocada foi a compensação da reincidência (fls.122) com a confissão espontânea, pois, ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha se pronunciado, com caráter geral, sobre a prevalência da atenuante da confissão em relação à agravante da reincidência (Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, j. em 10.04.2013), o Supremo Tribunal Federal tomou posição contrária àquele posicionamento - dando, pois, por prejudicada aquela tese -, como se vê das ementas de julgamento do: 1. HC nº 105.543-MS, rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1ª T., j. em 29.04.2014: '1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, 'a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada' (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli); 2. RHC nº 120.677-SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. em 18.03.2004: 'II - Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes'." (e-STJ, fls. 34-35)

Todavia, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

Tem-se decidido, também, que, em se tratando de réu que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Confira-se:

"[...] 1. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, 'é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.

2. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica. Precedente." (AgRg no

Superior Tribunal de Justiça

REsp 1.518.232/RO, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015)

"[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, 'É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal.' (AREsp n. 1.154.752/RS, DJe 4/9/2012).

2. No caso, o agravante ostenta apenas uma condenação definitiva anterior, não havendo, assim, impedimentos à compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência." (AgRg no AREsp 710.851/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2015)

Na hipótese, verifica-se que o réu ostenta apenas uma condenação transitada em julgado, portanto, admite-se a compensação integral na segunda fase da dosimetria.

Passa-se, portanto, à nova dosimetria da pena, com base no que estabelecido nas instâncias ordinárias.

Quanto ao crime de roubo, partindo-se da pena-base de 4 anos de reclusão, e 10 dias-multa, a qual permanece inalterada na etapa intermediária - dada a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea -, a pena merece reajuste de 1/3 pela comparsaria, resultando em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Ainda na terceira fase, mantém-se a redução da pena em 1/3 pelo reconhecimento da tentativa, ficando a pena de roubo estabelecida em 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 8 dias-multa.

Pelo crime de corrupção de menores, fica mantida a pena de 1 ano e 2 meses de reclusão.

Aplico o concurso formal entre os crimes de roubo e corrupção de menor, pelo que majoro a pena do delito mais grave (roubo) em 1/6, chegando-se à pena definitiva de 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão e 9 dias-multa.

Por fim, tratando-se de réu reincidente, condenado à pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "a" e "b", do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reconhecer o concurso formal entre os crimes de roubo e corrupção de menor, bem como compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda para 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão e 9 dias-multa, ficando mantidos os demais termos do acórdão ora impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator