



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.838 - SP (2011/0248012-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ CLAUDIO RAMOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES TENTADO. CONDENAÇÃO EXTINTA EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REQUISITOS PREENCHIDOS.

1. Condenação extinta em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não gera qualquer efeito ao acusado, nem tampouco a possibilidade de reconhecimento da reincidência.

2. Em se considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, ensejando, inclusive, a fixação da pena-base no mínimo legal, é justa a aplicação do regime prisional menos gravoso ao réu primário. Inteligência da Súmula 440/STJ.

3. O *sursis* só é cabível quando preenchidos os requisitos constantes do art. 77 do CP, a saber: pena não superior a 2 anos, primariedade e circunstâncias judiciais favoráveis.

4. Na hipótese, o Paciente foi condenado à pena 01 ano e 04 meses de reclusão, era primário e teve reconhecida como favoráveis todas as circunstâncias do art. 59. Assim, faz jus à aplicação da medida despenalizadora.

5. Ordem concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir as penas para 01 ano e 04 meses de reclusão, e 03 dias-multa, estabelecendo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva, assegurando ao Paciente o benefício da suspensão condicional de pena, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.838 - SP (2011/0248012-8)

IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ CLAUDIO RAMOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de LUIZ CLAUDIO RAMOS, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os Impetrantes que o ora Paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 157, *caput*, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, às penas de 01 ano e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 05 dias multa.

Inconformado, interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que houve por bem dar-lhe parcial provimento para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

No presente *writ*, alegam constrangimento ilegal, tendo em vista a não-incidência, na espécie, da agravante da reincidência, porquanto a referida condenação foi extinta pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual deve ser afastada da condenação, fixando-se, por consequência, o regime aberto, concedendo-se-lhe o benefício da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal.

Requerem, assim, seja reconhecida a primariedade do Paciente, fixado o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, bem como determinada a suspensão condicional da pena.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer, às fls. 32/34, opinando pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.838 - SP (2011/0248012-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES TENTADO. CONDENAÇÃO EXTINTA EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REQUISITOS PREENCHIDOS.

1. Condenação extinta em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não gera qualquer efeito ao acusado, nem tampouco a possibilidade de reconhecimento da reincidência.

2. Em se considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, ensejando, inclusive, a fixação da pena-base no mínimo legal, é justa a aplicação do regime prisional menos gravoso ao réu primário. Inteligência da Súmula 440/STJ.

3. O *sursis* só é cabível quando preenchidos os requisitos constantes do art. 77 do CP, a saber: pena não superior a 2 anos, primariedade e circunstâncias judiciais favoráveis.

4. Na hipótese, o Paciente foi condenado à pena 01 ano e 04 meses de reclusão, era primário e teve reconhecida como favoráveis todas as circunstâncias do art. 59. Assim, faz jus à aplicação da medida despenalizadora.

5. Ordem concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir as penas para 01 ano e 04 meses de reclusão, e 03 dias-multa, estabelecendo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva, assegurando ao Paciente o benefício da suspensão condicional de pena, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

No tocante à individualização da pena, o juízo processante assim se pronunciou,

ad litteram:

"Analisando sua conduta à luz dos critérios orientadores estampados no artigo 59, do Código Penal, verifico que nada reclama tratamento punitivo áspero, razão penal qual fixo a pena-base no mínimo legal em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, observado o valor mínimo legal, que, em face da reincidência (fls. 44 e 50), fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, que em face da existência da circunstância atenuante da confissão (artigo 65, inciso III, letra d) fixo-a em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, observado o valor mínimo legal, que nos termos do § único, do artigo 14, diminuo-a em 2/3 (dois terços), resultando na pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 05 (cinco) dias-multa, observado o valor mínimo legal, que concretizo, na falta de outras condições legais, deixo de substituí-la face a reincidência.

Concluindo: condeno o acusado a cumprir a pena de 01 (um) ano e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 05 (cinco) dias-multa, observado o valor mínimo legal. Fixo o regime inicial de cumprimento da pena o semi-aberto, devido à reincidência apontada (artigo 33, § 2.º, do Código Penal" (fl. 15)

O acórdão impugnado, por sua vez, ao dar parcial provimento ao apelo da Defesa, assim se manifestou:

"A reincidência foi adequadamente reconhecida na certidão de fls. 44. Na referida certidão, a punibilidade foi extinta por decisão transitada em julgado para o Ministério Público em 02/08/2010. Este crime ocorreu em 01/10/2010, logo, antes do prazo de cinco anos previsto no artigo 64, I, do Código Penal, caracterizando, portanto, a reincidência.

Contudo, a pena merece pequeno ajuste. A pena-base foi fixada no mínimo; na segunda fase foi aumentada para quatro anos e dez meses de reclusão e vinte dias-multa em razão da reincidência e reduzida para quatro anos e seis meses de reclusão e quinze dias-multa, no piso, pela confissão; depois reduzida de 2/3 pela tentativa, perfazendo um ano e seis meses de reclusão, em regime semiaberto, e cinco dias-multa, no piso.

[...]

Ora, uma das circunstâncias que permitem aferir a personalidade do réu é a confissão espontânea, razão pela qual deveria esta compensar o aumento que seria devido pela reincidência. Desta forma, deve haver a compensação com a confissão, fixando-se a pena no mínimo, em quatro anos de reclusão e dez dias-multa; reduzida de 2/3, em razão da tentativa, perfazendo um ano e quatro meses de reclusão, e três dias-multa, no piso. De fato, a redução está condizente com o iter criminis percorrido e também deve ser mantida, ausente recurso ministerial.

Por fim, a reincidência (fls. 44) desaconselha a substituição e impede o regime aberto e o sursis, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2.º, 'c', e 44, II, do Código Penal e a Súmula n.º 269 do STJ." (fls. 12/22)

Assiste razão ao impetrante quanto ao reconhecimento indevido da reincidência na hipótese, uma vez que na única condenação imposta ao ora Paciente, pela prática do crime de furto simples, restou extinta em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa (fl. 11). E, como se sabe, tal forma de prescrição não gera qualquer efeito ao acusado, nem tampouco a possibilidade de reconhecimento da reincidência.

Nesse sentido, aliás, confira-se a lição apresentada por Celso Delmanto:

"Efeitos da prescrição retroativa: *Como a prescrição se verifica antes de transitar em julgado, a sentença final condenatória e o art. 109 lhe faz ressalva e remissão expressas, trata-se de prescrição da pretensão punitiva (ou 'da ação'). Por isso, fica extinta a própria pretensão de se obter uma decisão a respeito do crime. Não implica responsabilidade do acusado, não marca seus antecedentes, nem gera futura reincidência; o réu não responde pelas custas do processo e os danos poder-lhe-ão ser cobrados no cível, mas só por via ordinária." (in Código Penal Comentado, 6ª Edição, Editora*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RENOVAR, p. 227.)

Passo, assim, ao redimensionamento das penas:

Fixada a pena-base em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, considerando-se a atenuante da confissão espontânea, bem como o afastamento da agravante da reincidência, deve a reprimenda permanecer no mínimo legal, à luz do enunciado n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, sopesada, na terceira fase, a majoração da pena fixada na condenação, em 2/3, pela tentativa, restam as penas fixadas, definitivamente, em 01 ano e 04 meses de reclusão, e 03 dias-multa, à míngua de outras causas modificativas.

Em se considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, ensejando, inclusive, a fixação da pena-base no mínimo legal, é justa a aplicação do regime prisional menos gravoso ao réu primário.

O regime mais severo se mostra, no caso, excessivamente rigoroso em face do crime cometido e da quantidade de pena imposta.

Desse modo, fixada a pena-base no mínimo legal, é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, razão pela qual, tendo em conta a quantidade da pena aplicada (01 ano e 04 meses de reclusão), faz jus o Paciente ao regime aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.

Cabe salientar que essa questão tem sido apreciada por repetidas vezes nesta Corte Superior, que consolidou sua jurisprudência segundo a tese esposada na impetração, consoante o disposto na Súmula n.º 440, *in verbis*:

"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."

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, aliás, tem ratificado esse entendimento, segundo o qual *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (HC 72.315/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"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 n.º 718)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Por fim, sustenta o Impetrante que, com o afastamento da reincidência, o Paciente tem direito à suspensão condicional da pena, nos termos do disposto no art. 77 do Código Penal.

O *sursis* só é cabível quando preenchidos os requisitos constantes do art. 77 do CP, a saber: pena não superior a 2 anos, primariedade e circunstâncias judiciais favoráveis. Na hipótese, o Paciente foi condenado à pena 01 ano e 04 meses de reclusão, era primário e teve reconhecida como favoráveis todas as circunstâncias do art. 59.

Assim, faz jus à aplicação da medida despenalizadora.

Exemplificativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PELA SENTENÇA. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO PELO TRIBUNAL A QUO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SURSIS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da 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'.

2. E, ainda, segundo Súmula 719/STF, 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'.

3. Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada (1 ano e 4 meses de reclusão), em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal.

4. É cabível a suspensão condicional da pena quando preenchidos os requisitos constantes do art. 77 do CP, tais como pena não superior a 2 anos, primariedade e circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente.

5. Ordem concedida para restabelecer a sentença." (HC 157.218/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 17/05/2010.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. PENA FIXADA EM DOIS ANOS DE RECLUSÃO. SURSIS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tendo o acusado sido condenado à pena de dois anos de reclusão, no regime inicial aberto, e preenchendo os requisitos do art. 77 do Código Penal, há de lhe ser deferida a suspensão condicional da pena. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Ordem concedida para deferir a suspensão condicional da pena, cabendo ao juízo da execução impor as condições a serem cumpridas pelo condenado." (HC 79.513/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 07/06/2010.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem a fim de, mantida a condenação, reduzir as penas para 01 ano e 04 meses de reclusão, e 03 dias-multa, estabelecendo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva, assegurando ao Paciente o benefício da suspensão condicional de pena, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0248012-8

HC 221.838 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 359161520108260562 6852010

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUIZ CLAUDIO RAMOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.