

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 79.513 - RJ (2007/0063209-0)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : **MARCOS PAULO DUTRA SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO E**
OUTRO
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PACIENTE : **DAVID FREITAS ESPÍNDOLA**

EMENTA

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.
2. Ordem concedida para deferir a suspensão condicional da pena, cabendo ao juízo da execução impor as condições a serem cumpridas pelo condenado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 18 de maio de 2010(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 79.513 - RJ (2007/0063209-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCOS PAULO DUTRA SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DAVID FREITAS ESPÍNDOLA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em favor de DAVID FREITAS ESPÍNDOLA, apontando como autoridade coatora a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa.

Segundo se colhe da inicial e dos documentos que acompanham, o ora paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado a 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, por prática descrita no art. 150, §1º do Código Penal, substituída por limitação de fim semana (fls.25/33).

Manejada apelação pelo Ministério Público, foi provida para condenar o paciente a 02 (dois) anos de reclusão e 05 (cinco) dias-multa, por roubo tentado (art. 157, caput c/c o art. 14, II ambos do Código Penal), no regime inicial aberto, sem substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, omitindo-se o acórdão acerca do *sursis* (fls.39/43).

Daí a presente impetração onde afirma que, em razão da quantidade da pena aplicada e das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, reconhecidas expressamente no acórdão condenatório, a autoridade apontada como coatora deveria ter aplicado o *sursis* da pena, previsto no art. 77 do Código Penal.

Pretende, liminarmente, seja cassado o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente, até o julgamento do mérito do *writ*, no qual requer a concessão da suspensão condicional da pena.

Deferida liminar (fls.48/49), determinando ao Tribunal se manifeste sobre o *sursis* e suspendendo, de outra parte, os efeitos do acórdão condenatório até o julgamento final do *writ*, foram prestadas as informações (fls.57/58).

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. PACIENTE CONDENADO A 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, PENA A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL ABERTO. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. OMISSÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL QUANTO À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO D SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS PARA TANTO. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM, RATIFICANDO A LIMINAR DEFERIDA."

Foram ainda prestadas informações complementares, no sentido de ter transitado em julgado o acórdão em 29.11.2006 (fls.102) e de não ter sido analisada pelo Tribunal, mesmo após a liminar, a possibilidade do *sursis*, tendo sido recolhido o mandado de prisão pelo juízo de primeiro grau (fls.148).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 79.513 - RJ (2007/0063209-0)

EMENTA

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.
2. Ordem concedida para deferir a suspensão condicional da pena, cabendo ao juízo da execução impor as condições a serem cumpridas pelo condenado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

O acórdão condenatório, na parte que interessa, tem a seguinte dicção:

"Merece provimento o apelo ministerial para condenar David Freitas Espíndola, como incurso nas penas do artigo 157, "caput" c/c 14, II, ambos do Código Penal.

Embora o magistrado de primeiro grau ao prolatar a sentença tenha dado nova definição jurídica ao caso, quanto ao mérito, laborou em equívoco como a seguir se demonstrará.

A prova é contundente no sentido de que o acusado ingressou na residência das vítimas, que dormiam, durante a madrugada, com simulacro de arma de fogo, utilizando-se de uma touca ninja e apontando tal instrumento para a senhora Rosemeire, agrediu-lhe a socos. Ademais, o agente amarrou a vítima e sua filha de treze anos, que se encontravam deitadas no quarto. Foi surpreendido pelo marido da vítima descrita, Aldeir, que entrou em luta corporal com o meliante, imobilizando-o após grande desforço físico. A prova é robusta nesse sentido, não havendo respaldo a tese acolhida na sentença que desclassificou a imputação de roubo para violação de domicílio, dando crédito à versão do réu que nada provou quanto a mesma, afigurando-se deveras estranho a pretensa cobrança de dívida durante a madrugada.

Insta registrar, que o crime de violação de domicílio é verdadeiro crime-meio para o delito-fim consistente no roubo ocorrido no interior de residência, tanto assim que aquele fica absorvido por este em razão da aplicação do princípio da consunção (ou absorção) do conflito aparente de normas.

Uma vez entendendo o magistrado sentenciante, de modo equivocado, que não restou comprovado o dolo de subtração do réu ao invadir aquela residência durante a madrugada, inequívoca a possibilidade de aplicação da '*emendatio libelli*' para fins de condenação do acusado pelo crime perpetrado e efetivamente narrado na exordial, de cujos fatos se defendeu amplamente o réu.

O crime não restou consumado, por circunstâncias alheias à vontade do agente, tendo em vista que depois de ter amarrado a Sra. Rosemeire e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua filha, e quando já se preparava para revirar a casa em busca de bens e valores para posterior subtração, a vítima Aldeir, que fingia estar dormindo aproveitou-se de breve momento de descuido do meliante e atracou-se com este, sendo certo que, após breve luta corporal, foi o denunciado imobilizado e rendido pela vítima, a qual em seguida, solicitou auxílio dos milicianos que posteriormente compareceram ao local e efetuaram a prisão em flagrante do acusado.

Ressalte-se, que o réu não provou minimamente a versão de que teria entrado na casa por equívoco, ao pensar que se tratava da residência do elemento conhecido pelo vulgo de "Nego" e que seria devedor de certa importância. Logo, a versão do acusado não poderia servir de fundamento para que o magistrado interpretasse a conduta do réu como de violação de domicílio qualificada.

Destarte, provada está a materialidade, a autoria e a culpabilidade do crime de roubo tentado.

Atendendo à diretrizes dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, fixa-se a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, face à primariedade e bons antecedentes do réu, "*quantum*" que se reduz de metade, face à tentativa, ficando a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 05 (cinco) dias-multa, no valor mínimo legal, fixado o regime inicial aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Deixa-se de substituir a privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face de não preencher o Apelante o requisito do artigo 44, inciso I, do Código Penal." (fls.88/89)

Como se vê, o paciente preenche os requisitos para o *sursis*, pois é primário e, pois, não é reincidente em crime doloso, as circunstâncias judiciais lhe são todas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, ficando a reprimenda, ao final, em dois anos de reclusão. Além disso, foi-lhe negada a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face do delito ter sido cometido com grave ameaça e violência, tudo a demonstrar merecer o benefício da suspensão condicional da pena.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. CONCESSÃO DE SURSIS. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. ART. 77, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A teor do disposto no artigo 77, § 1º, do Código Penal, a condenação anterior a pena de multa não obstaculiza a concessão da suspensão condicional da pena.

2. Ordem concedida para que o Juízo da Execução examine a possibilidade de ser deferido o benefício de suspensão condicional da pena, se atendidos os demais requisitos legais, estabelecendo-se, caso positivo, as condições a serem observadas."

(HC 25.614/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJe 25/05/2009)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, C/C ART. 14, II, CP. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ART. 77, CP.

1. Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime aberto.

2. A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial semi-aberto para o cumprimento de pena. Necessária se faz a rigorosa verificação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "c", e § 3º, do CP.

3. Preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 77, do Código Penal, torna-se de rigor a concessão do benefício da suspensão condicional da pena.

4. Ordem concedida para, uma vez fixado o regime aberto, conceder ao paciente o benefício do sursis."

(HC 42317/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2005, DJ 26/09/2005 p. 467)

Veja-se que, não obstante a omissão do Tribunal de origem em analisar o assunto, não está esta Corte impedida de dele conhecer, pois mostra-se flagrante a ilegalidade, dada a presença dos requisitos à concessão do benefício, até porque, como é cediço, tratando-se, como de fato se trata, de situação de constrangimento patente poderia a ordem ser concedida até mesmo de ofício.

Assim também:

"CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO IMPROPRIAMENTE FUNDAMENTADO NA EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCESSOS EM ANDAMENTO, CONSIDERADOS COMO MAUS ANTECEDENTES.

IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. DIREITO AO RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA QUE CONCEDEU O REGIME ABERTO E O BENEFÍCIO DO SURSIS. ORDEM CONCEDIDA.

O envolvimento em inquéritos diversos e em vários processos ainda em curso não podem servir como indicativos de maus antecedentes, no momento da fixação da pena e do regime prisional.

Condenado que preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis na própria dosimetria da reprimenda, como a primariedade e a ausência de maus antecedentes.

Evidenciada a concessão do benefício da suspensão condicional da pena, após a fixação do regime aberto, diante da verificação dos requisitos necessários para tanto, não cabe a imposição de regime mais gravoso com fundamento exclusivo nos maus antecedentes, assim considerados outros processos instaurados contra o paciente, que se encontram em andamento.

Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem concedida para restabelecer a sentença monocrática, que fixou o regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, com a concessão do sursis."

(HC 19.686/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 03/02/2003 p. 323)

O bem lançado parecer do Ministério Público Federal é percuente acerca da concessão do benefício na espécie:

"Primeiramente, observa-se que, não obstante o Tribunal *a quo* não tenha se pronunciado sobre o assunto, o que levaria à indevida supressão de instância a análise da matéria por essa Corte Superior, temos que deve ser concedida a ordem de *habeas corpus* em favor do paciente, diante da flagrante ilegalidade a que está sendo submetido, conforme será demonstrado.

(...)

Consta dos autos que o Tribunal Estadual deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para condenar o ora paciente a cumprir pena de 2 (dois) anos de reclusão em regime inicial aberto, como incurso nas penas do artigo 157, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, todos do Código Penal.

Na oportunidade, o Tribunal *a quo* fixou a pena no seu mínimo legal, diante da primariedade e dos bons antecedentes do réu, bem como do reconhecimento favorável ao réu das demais circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

O Tribunal *a quo*, ao realizar a dosimetria da pena imposta ao ora paciente, fixou-a em seu mínimo legal, tendo sido reconhecida expressamente a primariedade e os bons antecedentes. E não foi feita alusão a qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente.

Assim, verifica-se que, no caso, estão presentes todos os requisitos autorizadores da concessão da suspensão condicional da pena aplicada ao paciente, elencadas no artigo 77 do Código Penal, que reza:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Por tais motivos, temos que estão presentes todos os requisitos legais para que o paciente seja beneficiado com a suspensão condicional da pena que lhe foi imposta." (fls.92/94)

Ante o exposto, concedo a ordem para o fim de deferir a suspensão condicional da pena - *sursis*, pelo prazo de dois anos (art. 77, *caput* do Código Penal), cabendo ao juízo da execução impor as condições a serem cumpridas pelo condenado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0063209-0

HC 79513 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20040380018790 200505002595 200605004059 418790

EM MESA

JULGADO: 18/05/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCOS PAULO DUTRA SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DAVID FREITAS ESPÍNDOLA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 18 de maio de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário