



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.190 - SP (2011/0266516-4)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : **FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ADEMILSON DA SILVA**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO EM CONCURSO FORMAL. **1.** MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL APTA A EXIGIR MAIOR RIGOR NA RESPOSTA PENAL. **2.** SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. CABIMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 77 DO CÓDIGO PENAL. AMEAÇA QUE NÃO OBSTA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. **3.** ORDEM CONCEDIDA.

1. Diante da pena aplicada e em se tratando de réu primário, que confessou o delito em juízo, e considerando, ainda, as demais circunstâncias judiciais favoráveis, como ausência de emprego de violência qualquer contra as vítimas, mas tão somente ameaça implícita de estar armado, tudo a revelar menor periculosidade do agente, entendo que não há circunstância especial apta a exigir maior rigor na resposta penal, sendo suficiente a fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena.

2. O paciente preenche os requisitos autorizadores da suspensão condicional da pena, conforme elencados nos incisos I a III do art. 77 do Código Penal, tendo em vista que a pena imposta foi estabelecida em patamar inferior a 2 (dois) anos, foram consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, além de não ser aplicável, no caso, a substituição da pena por medidas restritivas de direito, em razão de tratar-se de delito cometido com o emprego de ameaça.

3. Habeas corpus concedido para restabelecer a sentença de primeiro grau.

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.190 - SP (2011/0266516-4)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Ademilson da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos ter sido o paciente condenado, pela prática do crime previsto no art. 157, **caput**, c/c os arts. 14, II, e 70, todos do Código Penal, à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, mais 3 (três) dias-multa, tendo a reprimenda sido suspensa por 2 (dois) anos.

Irresignados, o Ministério Público Estadual e a defesa interpuseram recurso de apelação, pugnando o primeiro recorrente pelo afastamento da suspensão condicional da pena e pela imposição do regime fechado para o seu cumprimento e o segundo, pela absolvição por insuficiência de provas, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao reclamo defensivo e dado parcial acolhimento ao apelo do **parquet**, para afastar a concessão do **sursis** e fixar o regime prisional semiaberto.

No presente **writ**, sustenta a impetrante que a fixação do regime mais rigoroso se deu com base apenas na gravidade abstrata do crime de roubo, além de ressaltar que estão preenchidos os requisitos legais para a suspensão condicional da pena.

Pleiteia, em sede liminar, seja o paciente colocado em liberdade para assim permanecer até o julgamento final deste **writ** e, no mérito, seja restabelecido o regime aberto para desconto da pena e a concessão do **sursis**.

A liminar foi indeferida às fls. 61/62.

As informações foram prestadas às fls. 91/92.

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se, às fls. 134/142, opinou pela concessão da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta a ementa do parecer (fl. 134):

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. REGIME ABERTO E Sursis. DECISÃO REFORMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO INADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL INICIAL ABERTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440 DO STJ. CONCESSÃO Sursis. REQUISITOS. PREENCHIMENTO.

No caso dos autos, em que pese o réu ser primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, já que favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, o regime inicial mais severo imputado ao paciente veio desacompanhado de motivação idônea.

Nos termos da Súmula 440 do STJ, não é possível fixar regime carcerário mais rigoroso que o previsto no artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, haja vista que nenhuma fundamentação concreta foi invocado para aplicar regime mais grave.

Os requisitos previstos no art. 77 do Código Penal foram atendidos. Parecer pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.190 - SP (2011/0266516-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Na presente impetração, busca-se a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda e a concessão da suspensão condicional da pena - **sursis** -, conforme concedidos na sentença.

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, porque (fl. 13):

No dia 18 de agosto de 2009, por volta das 00:50 horas, na Avenida General Edgar Facó, altura do nº 350, Freguesia do Ó, nesta cidade e Comarca, Ademilson da Silva (qual. à fl. 20), tentou subtrair para si, mediante ameaça consistente na simulação de porte de arma de fogo, o aparelho celular marca Sony Ericsson, modelo W380, pertencente à Érica Paloma da Silva e a carteira pertencente à Kelly Aparecida dos santos, somente não consumando os crimes, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo restou apurado, no dia dos fatos, as vítimas aguardavam o ônibus no ponto existente no local acima citado quando o acusado se aproximou de Érica e, simulando estar na posse de arma de fogo, anunciou o assalto, exigindo a entrega de seu aparelho celular. Impossibilitada de ofertar resistência ante a grave ameaça contra ela dirigida, a vítima acabou por entregar-lhe seu aparelho de telefonia móvel.

Ao perceber o ocorrido, Kelly tentou sair do local, mas foi impedida pelo denunciado que exigiu que a mesma não reagisse e entregasse a carteira.

Nesse momento, populares que estavam no estabelecimento comercial defronte ao ponto de ônibus, percebendo o que ocorria se aproximaram e lograram êxito em deter o acusado, já na posse do celular de Érica.

Políciais militares que por ali transitavam, ao perceberem a movimentação no local, pararam a viatura oficial, oportunidade em que tomaram conhecimento dos fatos, detendo o denunciado e o encaminhando ao Distrito Policial.

De início, cumpre salientar que, a teor da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena não está atrelada, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo absoluto, ao **quantum** da pena privativa de liberdade aplicada ao acusado. Devem ser consideradas as demais circunstâncias do caso concreto para a escolha do regime que efetivamente se mostra mais adequado à repressão e prevenção do delito.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do recurso de apelação, destacou (fls. 48/49):

*A pena-base foi corretamente fixada, de acordo com os artigos 59 e 60, do Código Penal, no mínimo legal, ou seja, 4 anos de reclusão. Em seguida, em face da tentativa e do **iter criminis** percorrido, foi reduzida em 2/3 (dois terços), atingindo 1 ano e 4 meses de reclusão. Por fim, inafastável o reconhecimento do concurso formal, uma vez que o réu tentou subtrair bens de Érica e Kelly, sendo, assim, duas as esferas patrimoniais atingidas pela ação criminosa, o que justifica o acréscimo de 1/6 (um sexto), totalizando 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, tornada definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras.*

A atenuante da confissão foi adequadamente desconsiderada, uma vez que não tem o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo legal.

Com efeito, tem-se entendido que as circunstâncias atenuantes perdem o caráter de obrigatoriedade sempre que a pena-base for fixada no mínimo legal, como o caso em questão.

(...)

*De outro lado, no tocante ao regime inicial e à concessão de **sursis**, merece parcial provimento o recurso ministerial.*

*Com efeito, o regime inicial semiaberto é o mais adequado à espécie, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressivo, levando em conta a gravidade do crime, o **quantum** de pena aplicado e a conduta durante a prática delituosa, como imposição de uma medida que seja necessária e suficiente para a prevenção e repressão do delito.*

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. O crime de roubo pressupõe o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ficando afastada essa substituição, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

*Incabível, também, a concessão de **sursis** no presente caso. Ressalto que o delito de roubo é grave, não só na razão direta da extensão dos danos físicos, morais e psicológicos, como pela audácia e maquinação intelectual criminosa empregada na sua materialização, que demonstra perigosidade do agente. Embora o réu seja primário e não registre antecedentes, mostrou comportamento voltado ao delito, não sendo recomendável a adoção dessa medida na hipótese em análise, ficando afastada a suspensão condicional da pena.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da pena aplicada e em se tratando de réu primário, que confessou o delito em juízo, e ainda considerando as demais circunstâncias judiciais favoráveis, como ausência de emprego de qualquer violência contra as vítimas, mas tão somente ameaça implícita de estar armado, tudo a revelar menor periculosidade do agente, entendo que não há circunstância especial apta a exigir maior rigor na resposta penal, sendo suficiente a fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Portanto, a imposição do regime semiaberto pelas instâncias ordinárias, no caso, contrariou os enunciados de Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 desta Corte, que assim disciplinam a matéria, respectivamente:

Súmula n.º 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.

Súmula n.º 719/STF - A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Súmula n.º 440/STJ - 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 sentido, vejamos-se:

A - HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA EM 1 ANO, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA APENAS PARA FIXAR O REGIME ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. A fixação do regime prisional não está atrelada de forma absoluta à quantidade da pena-base imposta, constituindo operação intelectual própria e autônoma (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).

2. O que se requer é que a decisão que estabelece o regime prisional diverso daquele em tese cabível pela aplicação pura e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

simples da norma esteja adequadamente motivada.

3. *In casu, todavia, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o egrégio Tribunal a quo amparou-se apenas na gravidade abstrata do crime, sendo de rigor a imposição do regime semiaberto (Súmula 440/STJ).*

4. *Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial, apenas para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena. (HC nº 178.275/SP, Relator o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 14/2/2011.).*

B - HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. ATENUANTE DA MENORIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA DESCONSIDERADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é possível o estabelecimento de regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. (HC nº 186.914/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 16/06/2011.)

Quanto à suspensão condicional da pena, constata-se que o réu preenche os requisitos autorizadores da benesse, conforme elencados nos incisos I e II do art. 77 do Código Penal, tendo em vista que a pena imposta foi estabelecida em patamar inferior a 2 (dois) anos, além de terem sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais.

Ainda que as instâncias ordinárias tenham consignado tratar-se de crime praticado com violência e grave ameaça à pessoa, circunstância que veda a concessão do benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante dispõe o art. 44, inciso I, do Código Penal, o mesmo não se verifica em relação à suspensão condicional da pena, conforme se infere da previsão do inciso III do art. 77 do Código Penal.

Essa é a lição de Cleber Masson, ao afirmar que "remanesce o **sursis** para raras hipóteses, tal como quando o réu, não reincidente em crime doloso, for condenado à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade igual ou inferior a dois anos por delito cometido com o emprego de violência à pessoa ou grave ameaça" (*Direito Penal*, 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 747).

No mesmo sentido caminha a jurisprudência:

A - PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CRIME COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA. INVIÁVEL. Sursis. POSSIBILIDADE.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

*II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP (**Precedentes**).*

*III - "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" (**Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso**).*

*IV - Não se admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao condenado por crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa (**Precedentes**).*

V - Por sua vez, preenchido os requisitos constantes do art. 77, do Código Penal, afigura-se viável a concessão do benefício da suspensão condicional da pena (sursis).

Writ parcialmente concedido. (HC nº 110.578/SP, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJe 2/2/2009.)

B - CRIMINAL. HC. LESÕES CORPORAIS GRAVES. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA À PESSOA. Sursis DA PENA. PENA INFERIOR A DOIS ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM SUA MAIORIA FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REQUISITOS PREENCHIDOS. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que se pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente por pena restritiva de direitos, ou, alternativamente, a concessão de sursis da pena.

II. Se o paciente foi condenado pela prática de lesões corporais de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza grave, delito cometido com violência à pessoa, resta afastado o pleito de concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

III. Evidenciado que foi fixada ao réu pena privativa de liberdade inferior a dois anos, suas circunstâncias judiciais foram quase todas favoravelmente consideradas, além deste ser tecnicamente primário, a situação processual do paciente se enquadra nas hipóteses legais do art. 77 do Código Penal.

IV. Somente uma circunstância judicial foi desfavoravelmente considerada, qual seja, o motivo do crime, tendo em vista ter agido com espírito de vingança, a qual, por si só, não é suficiente para obstar a concessão da benesse da suspensão condicional da pena.

V. Deve ser reformado o acórdão impugnado, bem como a sentença condenatória, tão-somente para que o Magistrado singular proceda à substituição condicional da pena imposta ao réu, impondo as condições que entender de direito.

*VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC nº 74.359/MG, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJ 25/6/2007, p. 273.)*

Ante o exposto, concedo o **habeas corpus** para restabelecer a sentença de primeiro grau, proferida pelo Juízo da 22ª Vara Criminal da Capital - São Paulo, nos autos do processo nº 1300/2009.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0266516-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.190 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13002009 2119134920108260000 50090655656 990102119130

EM MESA

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADEMILSON DA SILVA

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.