

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 188.095 - SP (2010/0192622-7)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : ADREÁ PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTÔNIO MARCOS DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 440/STJ. SÚMULAS N.º 718 E N.º 719/STF. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Para o reconhecimento da reincidência é necessário que o agente tenha cometido o "novo crime depois de transitar em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (art. 63 do Código Penal).

2. "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." (Súmula n.º 440/STJ). Incidência, na hipótese, das súmulas n.º 718 e n.º 719/STF.

3. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, afastar a majoração pela reincidência e fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 dias-multa, no mínimo legal.

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, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 188.095 - SP (2010/0192622-7)

IMPETRANTE : ADREÁ PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTÔNIO MARCOS DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANTÔNIO MARCOS DA SILVA – condenado à pena de 6 anos e 2 meses de reclusão, no regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da apelação n.º 990.10.005304-3.

No presente *writ*, a impetração sustenta a ilegalidade do acórdão que ratificou a sentença quanto ao aumento da pena pela reincidência e à fixação do regime fechado de cumprimento de pena. Requer a Defesa, inclusive liminarmente, que "*o paciente possa aguardar, sem coação ilegal, o julgamento definitivo, com a concessão do writ*" (fl. 06).

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 61/93.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 97/102, opinando pela concessão da ordem, a fim de reduzir a pena e fixar o regime semiaberto.

É o relatório.

HABEAS CORPUS N° 188.095 - SP (2010/0192622-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 440/STJ. SÚMULAS N.º 718 E N.º 719/STF. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Para o reconhecimento da reincidência é necessário que o agente tenha cometido o "*novo crime depois de transitar em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*" (art. 63 do Código Penal).

2. "*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.*" (Súmula n.º 440/STJ). Incidência, na hipótese, das súmulas n.º 718 e n.º 719/STF.

3. *Habeas corpus* concedido para, mantida a condenação, afastar a majoração pela reincidência e fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 dias-multa, no mínimo legal.

VOTO

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

No presente caso, o Paciente foi condenado pelo magistrado singular nos termos da seguinte dosimetria: pena-base de 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa em função dos maus antecedentes; segunda etapa com majoração de 1/6 em decorrência da reincidência, totalizando 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 12 dias-multa; terceira fase da dosimetria da pena com aumento da reprimenda em 1/3, ante o reconhecimento da causa de aumento, com pena definitiva de 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, no regime fechado, e 16 dias-multa (fl. 31).

Em sede de apelação, a Corte *a quo* reformou a pena do Paciente a fim de afastar os maus antecedentes, mantida no mais a aplicação da pena, e fixá-la em 6 anos e 2 meses de reclusão, no regime fechado. O acórdão impugnado, no que se refere à dosimetria da pena do Paciente, reformou a sentença nos seguintes termos:

"[...] Já a pena de Antônio Marcos comporta pequeno reparo, pois ao majorá-la duplamente, com base nos maus antecedentes e na reincidência, o digno juiz sentenciante, permissa venia, desconsiderou entendimento jurisprudencial que tem prevalecido e que, consubstanciado na Súmula 241,

Superior Tribunal de Justiça

do Colendo Superior Tribunal de Justiça, veda o duplo aumento.

E não poderia ser de outra forma, eis que, a rigor, os maus antecedentes integram a reincidência.

Excluído o aumento pelos maus antecedentes e mantido o decorrente da recidiva, a pena se eleva a quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias-multa. Aumentada de mais 1/6, por força da incidência da agravante do concurso de pessoas, a sanção se concretiza em seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e catorze dias-multa

O regime prisional mais rigoroso para Antônio Marcos também é mantido, já que se trata de reincidente na prática de crime doloso contra o patrimônio.

[...]" (fls. 39/40)

Neste momento, a impetração sustenta a ilegalidade do acórdão que ratificou a sentença quanto ao aumento da pena pela reincidência e à fixação do regime fechado de cumprimento de pena.

Com razão o *Parquet* Federal.

Com relação à reincidência, verifica-se que o Magistrado *a quo* considerou condenação criminal (Ação Penal n.º 224.01.2004.085412-7), transitada em julgado para o Ministério Público no dia 04/08/2006 (fl. 22), para agravar a pena do delito em análise.

Nesse ponto, comporta reforma a conclusão das instâncias ordinárias, uma vez que não se poderia aplicar a agravante da reincidência no caso concreto, ante a ausência de trânsito em julgado da condenação. **Como se sabe, para o reconhecimento da reincidência é necessário que o agente tenha cometido o "novo crime depois de transitar em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (art. 63 do Código Penal). Deve, portanto, ser decotada da condenação a majoração das penas decorrente da equivocada aplicação da agravante.**

Como se vê, afastado o reconhecimento da agravante da reincidência, a reprimenda retorna ao mínimo legal na segunda fase, devendo ser majorada na terceira fase da dosimetria da pena em 1/3, conforme critérios adotados pelas instâncias ordinárias, ante o reconhecimento da causa de aumento, com pena definitiva de 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal.

Neste ponto, há de se adequar o regime inicial de cumprimento de pena.

A imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena do Paciente deve ser alterada, compatibilizando-se à individualização da sanção criminal, uma vez que, consideradas as circunstâncias judiciais de forma favoráveis, a primariedade do

Superior Tribunal de Justiça

Paciente e o *quantum* da pena, é o caso de se fixar o regime semiaberto.

A propósito, *mutatis mutandis* :

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA EM REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe 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. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

[...]" (HC 234.566/SP, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 21/05/2012.)

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, inclusive, ratifica os fundamentos da presente decisão, pois "*se o condenado é primário e os critérios do art. 59 do 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, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Confiram-se, a propósito, os seguintes 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)

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

E ainda, o enunciado da Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça:

"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."

Desta feita, considerada a pena definitiva imposta ao Paciente, de 5 anos e 4 meses de reclusão, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio,*

Superior Tribunal de Justiça

cumpri-la em regime semi-aberto " e que a "determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Ante o exposto, CONCEDO o *habeas corpus*, para, mantida a condenação, afastar a majoração pela reincidência e fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 dias-multa, no mínimo legal.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2010/0192622-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 188.095 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50090279905

5552009

990100053043

EM MESA

JULGADO: 06/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADREÁ PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS - DEFENSORA PÚBLICA E
OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANTÔNIO MARCOS DA SILVA

CORRÉU : JOÃO MÁRCIO SERTÓRIO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.