



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS      Nº 149.488 - SP (2009/0193756-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO OG FERNANDES**  
**IMPETRANTE** : **FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA - DEFENSORA PÚBLICA**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE** : **AMADEU DE JESUS OLIVEIRA**

### **EMENTA**

**HABEAS CORPUS.** TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANTECEDENTE NEGATIVO. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.
2. Na espécie, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal, dada a existência de antecedentes negativos.
3. É possível a valoração de determinada condenação anterior transitada em julgado a título de antecedente negativo e, de outra, como agravante de reincidência.
4. Recomendável a modificação do regime prisional fechado para o semiaberto para o início do cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, não se mostrando viável o regime mais benéfico em razão da reincidência do paciente e de seus antecedentes negativos.
5. Ordem parcialmente concedida.

### **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, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 05 de maio de 2011 (data do julgamento).



# **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**MINISTRO OG FERNANDES**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.488 - SP (2009/0193756-2)

### RELATÓRIO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES:** Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Amadeu de Jesus Oliveira contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve, em sede de apelação, a sentença que o condenou a 2 (dois) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, inicialmente no regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, por tentativa de furto qualificado.

Sustenta, em síntese, que não se pode admitir o aumento da pena-base em razão dos antecedentes criminais do paciente, e, em seguida, pela reincidência.

Aduz que a condenação anterior com trânsito em julgado foi considerada duas vezes na fixação da pena, caracterizando, portanto, **bis in idem**.

Alega que, sendo a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos, não obstante a reincidência do paciente, o regime semiaberto é que se mostra mais adequado para início de cumprimento de pena.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal é pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.488 - SP (2009/0193756-2)

### VOTO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR):** Colhe-se do processado que o paciente foi preso em flagrante quando tentava subtrair fios de cobre avaliados em R\$ 200,00 (duzentos reais), após ter saltado o muro do prédio da Prefeitura do Município de São Paulo e cerrado os cabos subterrâneos ali existentes.

De início, veja-se o que registrou a sentença, na parte da dosimetria:

*Assim, na valoração da culpabilidade do agente, o réu agiu com dolo, contudo, este dolo não se revelou incomum ou exagerado para este tipo de delito.*

***Considerando as circunstâncias e consequências dos crimes, bem como antecedentes do réu (fls. 136 a 139), a pena-base deve ser fixada em 1/6 (um sexto) acima do patamar mínimo estabelecido em lei, ou seja, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e no pagamento de 11 (onze) dias-multa.***

*A pena de multa será calculada, cada dia, em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

***Por se tratar de réu reincidente, com condenação anterior comprovada pela certidão de fl. 135, a pena-base já fixada deve ser exasperada em mais 1/3 (um terço), passando para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e de 14 (quatorze) dias-multa.***

*Não havendo outras circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas a serem consideradas, diminuo em 1/3 (um terço), considerando que se trata de crime tentado, passando-a para 2 (dois) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa, a qual torno definitiva.*

*Em razão da reincidência, não se aplica o disposto no art. 44, do Código Penal, não sendo possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.*

*Da mesma forma, por não preencher a condição do inciso I, do art. 77, do Código Penal, incabível a suspensão condicional da pena.*

*Por fim, também considerando as circunstâncias do crime, a personalidade do réu, e a reincidência, nos termos do art. 33 do Código Penal, deve ser fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.*

É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Na espécie, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal, dada a existência de antecedentes negativos consubstanciados em condenações anteriores.

É da nossa jurisprudência:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.*

*1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.*

*2. Na espécie, a pena-base foi aplicada em harmonia com o art. 59 do Código Penal, fundamentada na culpabilidade, **antecedentes**, circunstâncias do crime, natureza e quantidade de droga – 37 (trinta e sete) tabletes de maconha e 3 (três) invólucros de cocaína, todos escondidos no teto do automóvel do paciente. Não se olvide o modus operandi da infração, tendo a sentença destacado a existência de intensa perseguição policial travada contra o paciente, que somente parou o automóvel em virtude dos disparos aos pneus.*

*3. Ordem denegada.*

*(HC nº 140.943/MS, de minha relatoria, DJe de 9/3/2011)*

*HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO (MODUS OPERANDI). AGRESSÃO FÍSICA À VÍTIMA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA E CONCURSO DE AGENTES. QUESTÕES DIVERSAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA.*

*1. Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos **maus antecedentes**, das circunstâncias e das consequências do delito, nos termos do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.*

*2. Não há falar em bis in idem pela aplicação da agravante da reincidência se foram consideradas condenações diversas das valoradas como antecedentes negativos. Igualmente não se confunde a majoração pelo concurso de agentes (crime cometido em conluio) e o acréscimo da pena pelas circunstâncias do delito (vítima agredida por*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*três pessoas a socos e pontapés).*

*3. Existindo concreta e adequada valoração das circunstâncias judiciais, não se mostra possível, na via estreita do habeas corpus, promover ao redimensionamento da pena, providência própria de revisão criminal, para o que não serve o writ.*

*4. Habeas corpus denegado.*

(HC nº 120.557/MS, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 21/2/2011)

Repise-se ser possível a valoração de determinada condenação anterior transitada em julgado a título de antecedente negativo e, de outra, como agravante de reincidência, como na hipótese. O que não deve o magistrado, sob pena de **bis in idem**, é considerar a mesma sentença definitiva como circunstância judicial desfavorável e, simultaneamente, como agravante de reincidência.

Vejam-se os precedentes:

*HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. MÁ AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE EM VIRTUDE DE MAUS ANTECEDENTES. INADMISSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. CONCEITOS DISTINTOS. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO-OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CONDENAÇÃO INFERIOR A QUATRO ANOS. POSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.*

*1. Esta Corte Superior já pacificou o entendimento segundo o qual a existência de condenações anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime. Precedente do STJ.*

*2. Nada impede que, singularmente apreciadas, sejam levadas em consideração duas condenações transitadas em julgado: a primeira, como maus antecedentes, com influência na fixação da pena-base, e a segunda, como reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena.*

*3. Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu reincidente, que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal, ainda que condenado a pena inferior a quatro anos, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3.º, do Código Penal.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação imposta, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos acima delineados.  
(HC nº 138.425/MS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 6/4/2011)

*HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO (MODUS OPERANDI). AGRESSÃO FÍSICA À VÍTIMA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA E CONCURSO DE AGENTES. QUESTÕES DIVERSAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA.*

1. Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, das circunstâncias e das consequências do delito, nos termos do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.

2. **Não há falar em bis in idem pela aplicação da agravante da reincidência se foram consideradas condenações diversas das valoradas como antecedentes negativos.** Igualmente não se confunde a majoração pelo concurso de agentes (crime cometido em conluio) e o acréscimo da pena pelas circunstâncias do delito (vítima agredida por três pessoas a socos e pontapés).

3. Existindo concreta e adequada valoração das circunstâncias judiciais, não se mostra possível, na via estreita do habeas corpus, promover ao redimensionamento da pena, providência própria de revisão criminal, para o que não serve o writ.

4. Habeas corpus denegado.

(HC nº 120.557/MS, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 21/2/2011)

No caso, como bem salientou a Corte de origem, o paciente possui cinco condenações anteriores, sendo certo que uma delas foi valorada a título de reincidência e as demais como antecedentes negativos. Leia-se, nessa parte, o acórdão:

*O acusado tem cinco anteriores condenações, motivo pelo qual quatro desses antecedentes criminais só foram considerados na primeira fase do cálculo de fixação da reprimenda e o quinto como agravante (reincidência) - incidente na segunda etapa do cálculo. E não há que se falar em bis in idem quando os antecedentes criminais e a reincidência são aferidos de distintos elementos de convicção, conforme preconiza o Superior Tribunal de Justiça (...)*





## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

De qualquer modo, não fez o impetrante a contraprova, por meio de documentação hábil, em face do que disse o acórdão a respeito da presença dos antecedentes negativos.

Por fim, não alcançando a pena privativa de liberdade o patamar superior a quatro anos de reclusão, penso ser recomendável a modificação do regime prisional fechado para o semiaberto, não se mostrando viável o regime mais benéfico em razão da reincidência do paciente e de seus antecedentes negativos.

Diante do exposto, concedo parcialmente a ordem apenas para fixar o regime semiaberto para o início do desconto da sanção corporal de 2 (dois) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão aplicada ao ora paciente.

É como voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0193756-2      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **HC 149.488 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11006853      50060309903      5912006      993070945559

EM MESA

JULGADO: 05/05/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : AMADEU DE JESUS OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio

#### **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 parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.