



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.121 - SP (2010/0067155-6)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE DOMINGOS SENA SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. TENTATIVA. ALMEJADO RECONHECIMENTO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXECUÇÃO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DA FORMA MAIS GRAVOSA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há como se afastar a conclusão acerca de maus antecedentes quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*, o acusado não ostentava, de fato, condenação anterior transitada em julgado.
2. Mostra-se indevida a análise do pleito relativo ao reconhecimento da modalidade tentada do delito de roubo perpetrado pelo paciente, quando verificado que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.
3. Não obstante a imposição de reprimenda em patamar inferior a 8 anos de reclusão, verifica-se que o estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento da sanção reclusiva se encontra devidamente justificado, com base na especificidade do caso *sub examine*, haja vista a reincidência do paciente e a negatividade de circunstância judicial (maus antecedentes).
4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

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, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nessa extensão, denegá-la, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Brasília, 16 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.121 - SP (2010/0067155-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de **José Domingos Sena Santos**, apontando como autoridade coatora a Décima Primeira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 990.08.190242-7, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o Juiz sentenciante teria utilizado processos penais em andamento para a configuração de maus antecedentes, em inobservância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (fls. 4/6).

Alega, outrossim, que o delito praticado pelo paciente se operou em sua modalidade tentada, e não consumada, tendo em vista que *nem a distância nem o lapso temporal foram suficientes para que o crime se consumasse*, ressaltando que *os agentes não tiveram a posse mansa e pacífica do bem, nem mesmo saíram da esfera de vigilância do funcionário do estabelecimento e do policial* (fl. 3).

Reconhecida a tentativa e sendo a pena-base reduzida ao mínimo legal, considera que deveria ser fixado ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, consoante o enunciado da Súmula 269/STJ (fls. 6/7).

Requer a concessão da ordem para que:

a) sejam afastados os maus antecedentes, reduzindo-se a pena-base do paciente ao mínimo legalmente previsto;

b) seja reconhecida a forma tentada do delito perpetrado pelo paciente;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c) seja fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, nessa extensão, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.121 - SP (2010/0067155-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, porque, no dia 26/12/2007, no interior de uma drogaria, subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a quantia de R\$ 1.362,00 (mil, trezentos e sessenta e dois reais) em dinheiro e dois cheques no valor de R\$ 1.119,00 (mil, cento e dezenove reais) e R\$ 263,41 (duzentos e sessenta e três reais e quarenta e um centavos), cada um, pertencentes ao estabelecimento comercial.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que tange à alegada inadequação da pena-base imposta ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *in verbis* (fl. 32):

[...]

Tendo em vista as circunstâncias do art. 59 do Código Penal e o fato de o acusado possuir vários antecedentes criminais, inclusive pelo mesmo crime pelo qual foi processado nesse feito, conforme atesta sua folha de antecedentes (fls. 61/68) e certidões de fls. 73, 76, 84 e 127, a evidenciar sua personalidade perigosa e voltada para a prática de crimes contra o patrimônio, fixo a pena-base em um terço acima do mínimo legal, ou seja, em cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa.

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a pena-base irrogada ao paciente, consoante a seguir descrito (fl. 52):

[...] a pena-base foi bem fixada, acima do mínimo, na fração de um terço (1/3), diante de maus antecedentes comprovados (fls. 61/68), anotando-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

várias condenações por roubo (fls. 73, 76, 84 e 127).
[...]

Na hipótese dos autos, verifica-se que o Juiz sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, considerou desfavoráveis ao paciente apenas **os antecedentes** e, embora a impetrante sustente que tenha havido equívoco na análise desse elemento judicial, constata-se que a documentação colacionada aos autos é insuficiente para infirmar a asserção feita pelo Juiz sentenciante quando da primeira etapa da dosimetria, tendo em vista que não foi juntada aos autos a folha de antecedentes penais do paciente, o que não permite aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*, o acusado não ostentava, de fato, condenação anterior transitada em julgado, como se alega.

Cumpre ressaltar que cabe ao impetrante a comprovação, de plano, dos argumentos vertidos na ordem, sob pena de inviabilizar a aferição do alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

Aliás, consoante já decidiu este Superior Tribunal, *a deficiente instrução do writ inviabiliza o enfrentamento da alegação de que teriam sido utilizadas condenações sem trânsito em julgado a título de maus antecedentes* (HC n. 141.587/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/2/2011).

Por essas razões, mostra-se inviável a redução da pena-base do paciente ao mínimo legalmente previsto, como pretendido, tendo em vista que a elevação realizada na primeira etapa da dosimetria foi devidamente motivada na existência de diversas anotações constantes da folha de antecedentes penais do paciente – fls. 61/68 e certidões de fls. 73, 76, 84 e 127 dos autos principais, nas quais constam condenações pelo cometimento do delito de roubo, conforme ressaltou a Corte estadual (fl. 52) –, o que levou as instâncias ordinárias à conclusão de que o paciente teria maus antecedentes.

Quanto ao almejado reconhecimento da modalidade tentada do delito de roubo perpetrado pelo paciente, e não da forma consumada, verifica-se que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.

Por fim, no que tange ao modo de cumprimento de pena fixado ao paciente, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do regime inicial **fechado**, pelos fundamentos a seguir aduzidos (fl. 33):

[...]

O regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o fechado, já que o crime foi cometido com emprego de arma de fogo, evidenciando uma personalidade perigosa do acusado, avesso aos princípios morais e sociais que devem existir dentro de uma sociedade.

[...]

Diante disso, não há outro regime que atenda mais à necessidade e suficiência previstas no art. 59 do Código Penal do que o fechado.

A Corte de origem, por sua vez, manteve inalterada a imposição do regime inicialmente mais gravoso, *não só diante do quantum da reprimenda, como também no modus operandi, revelador de ousadia e periculosidade do agente, periculosidade que se presume (CP, art. 83, par. único), tudo a recomendar o regime mais gravoso* (fl. 52).

Embora seja certo que a gravidade abstrata do delito e a alegação genérica acerca da periculosidade do agente não constituam fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, na hipótese que se apresenta verifica-se a impossibilidade de fixação do regime inicial semiaberto, haja vista a **reincidência** do paciente e **a desfavorabilidade de circunstância judicial (maus antecedentes)**, elementos que evidenciam a adequação do modo inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

Nesse contexto, não obstante a imposição de reprimenda em patamar inferior a 8 anos de reclusão, verifica-se que o estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento da sanção reclusiva se encontra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente justificado, com base na especificidade do caso *sub examine*, que, além de evidenciar a **reincidência** do paciente, revela a **negatividade de circunstância judicial**, tanto que a sua pena-base restou fixada acima do mínimo legalmente previsto, pelo que inviável a aplicação da Súmula 269/STJ, que estabelece que *é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*, pois, ao contrário do asseverado na impetração, não é o caso dos autos.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0067155-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 169.121 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 302008

50070979022

990081902427

EM MESA

JULGADO: 16/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSE DOMINGOS SENA SANTOS

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

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, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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