



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.307 - SP (2013/0403801-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS FERREIRA NEVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. DEZ CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO, ALGUMAS DELAS RECENTES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO.

1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes. 3. Na hipótese, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em decorrência de dez condenações anteriores com trânsito em julgado e porque o paciente "ao ser preso por este feito, estava em benefício pela Vara das Execuções Criminais", revelando seu comportamento "total descaso pela vida em comunidade e ausência de qualquer aprendizagem pelos anos que passou encarcerado".

4. Não obstante algumas condenações datarem do final da década de 80, o lapso temporal entre as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

últimas sentenças condenatórias e a prática de novo crime, em 2012, não ultrapassa dois anos, sendo razoável a elevação da pena-base 50% acima do mínimo legal cominado ao tipo, ainda mais porque a recidiva é específica e ocorreu quando o apenado encontrava-se em gozo de benefício da execução penal.

5. A ideia que subjaz ao chamado “direito ao esquecimento” não tem como implicar, diante das peculiaridades do caso concreto, a relativização dos registros penais do paciente, pois o relevo imprimido ao conjunto de condenações foi proporcional, considerando o piso e o teto abstrato previsto para o tipo penal.

6. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia e definitiva distinta daquela(s) considerada(s) na primeira etapa da dosimetria não caracteriza ofensa ao princípio do non *bis in idem*.

7. Observadas as peculiaridades do caso, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal” (EREsp n. 1.154.752/RS, 3ª Seção, DJe 4.9.2012).

8. No caso em apreço, mesmo que a reincidência seja específica, o julgador considerou, para efeitos de reconhecimento da agravante genérica, uma única condenação definitiva anterior, que deve ser compensada com a confissão extrajudicial, igualmente preponderante, pois o paciente contribuiu para a segurança do julgado.

9. O réu, reincidente específico, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e que teve as circunstâncias judiciais sopesadas de forma desfavorável poderá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado, como na hipótese.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar, na segunda etapa da dosimetria, a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e readequar a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

final do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de agosto de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.307 - SP (2013/0403801-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS FERREIRA NEVES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANTÔNIO CARLOS FERREIRA NEVES, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0039640-40.2012.8.26.0050.

O paciente, na ação penal n. 0039640-40.2012.8.26.0050, oriunda da 14ª Vara Criminal de São Paulo, foi condenado, em 22.8.2012, à pena de **7 anos de reclusão**, em regime inicial fechado, além de multa, por infração ao artigo 157, *caput*, do Código Penal. O édito condenatório foi mantido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nesta Corte, a impetrante, Defensoria Pública, sustenta a ocorrência de ilegalidade na fixação da pena-base, pois o julgador considerou condenações anteriores extintas há mais de cinco anos para efeitos de maus antecedentes.

Alega que também houve *bis in idem*, pois os mesmos antecedentes foram considerados para caracterizar a agravante da reincidência.

Defende, ainda, que a reincidência deveria ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, pois são igualmente preponderantes.

Por fim, salienta que, como consectário da readequação da pena-base ao mínimo legal, o regime inicial de cumprimento de pena deverá ser alterado para o semiaberto.

Assim, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a compensação da reincidência com a confissão e a alteração do regime inicial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena.

Liminar indeferida. Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 238/243).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.307 - SP (2013/0403801-7) EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. DEZ CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO, ALGUMAS DELAS RECENTES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO.

1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes. 3. Na hipótese, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em decorrência de dez condenações anteriores com trânsito em julgado e porque o paciente "ao ser preso por este feito, estava em benefício pela Vara das Execuções Criminais", revelando seu comportamento "total descaso pela vida em comunidade e ausência de qualquer aprendizagem pelos anos que passou encarcerado".

4. Não obstante algumas condenações datarem do final da década de 80, o lapso temporal entre as últimas sentenças condenatórias e a prática de novo crime, em 2012, não ultrapassa dois anos, sendo razoável a elevação da pena-base 50% acima do mínimo legal cominado ao tipo, ainda mais porque a recidiva é específica e ocorreu quando o apenado encontrava-se em gozo de benefício da execução penal.

5. A ideia que subjaz ao chamado "direito ao esquecimento" não tem como implicar, diante das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peculiaridades do caso concreto, a relativização dos registros penais do paciente, pois o relevo imprimido ao conjunto de condenações foi proporcional, considerando o piso e o teto abstrato previsto para o tipo penal.

6. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia e definitiva distinta daquela(s) considerada(s) na primeira etapa da dosimetria não caracteriza ofensa ao princípio do non *bis in idem*.

7. Observadas as peculiaridades do caso, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal" (EREsp n. 1.154.752/RS, 3ª Seção, DJe 4.9.2012).

8. No caso em apreço, mesmo que a reincidência seja específica, o julgador considerou, para efeitos de reconhecimento da agravante genérica, uma única condenação definitiva anterior, que deve ser compensada com a confissão extrajudicial, igualmente preponderante, pois o paciente contribuiu para a segurança do julgado.

9. O réu, reincidente específico, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e que teve as circunstâncias judiciais sopesadas de forma desfavorável poderá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado, como na hipótese.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar, na segunda etapa da dosimetria, a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e readequar a pena final do paciente.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclamaria a concessão, *ex officio*, da ordem.

I.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado pela prática do crime de roubo simples porquanto "no dia 28 de abril de 2012, [...], subtraiu para si, mediante grave ameaça, exercida através de simulação de emprego de arma de fogo, a quantia de R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais) em espécie [...]. (fl. 14).

A pena foi aplicada pelo juiz de primeiro grau sob os seguintes fundamentos:

*Assim sendo, provado o roubo imputado ao réu na denúncia, passo a dosar-lhe a pena nos termos do art. 59 do Código Penal. O acusado ostenta antecedentes. Em sua folha de antecedentes foram anotados inúmeros inquéritos e outros tantos processos. Há registro de **onze condenações, dez delas com trânsito em julgado** (fls. 27/33 do apenso de FA). **Ao ser preso por este feito, estava em benefício pela Vara das Execuções Criminais. Seu comportamento revela total descaso pela vida em comunidade e ausência de qualquer aprendizagem pelos anos que passou encarcerado.***

*Portanto, fixo-lhe a pena em 06 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. **Em razão da reincidência (fls. 36 do apenso de FA), aumento a pena em um sexto, resultando 07 (sete) anos de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa. Deixo de reconhecer a circunstância a atenuante da confissão porque o acusado não admitiu a grave ameaça, isto é, a confissão não foi integral. O réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, eis que ostenta antecedentes e é reincidente.** (fl. 37)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de Justiça, por sua vez, consignou que:

*Quanto às penas, o apelante possui **10 condenações com trânsito em julgado, todas por crimes patrimoniais (furto e roubo), sem contar a condenação específica utilizada para fins de caracterizar a reincidência.** Assim, bem caracterizada a personalidade do apelante voltada para a prática de crimes e os péssimos antecedentes do réu, justificando plenamente o aumento da pena base em metade acima do mínimo legal processado na sentença, e que fica mantido.*

Na segunda fase, embora retratada a confissão extrajudicial, foi ela utilizada como razão de decidir tanto na sentença como no v. acórdão. Forçoso, portanto, reconhecer a incidência da atenuante de confissão, na esteira do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal: "A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea "d" do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória".

Reconhecida a referida atenuante, é de ser valorada em confronto com a agravante de reincidência.

Existindo uma circunstância agravante e uma atenuante, aplica-se a regra do artigo 67 do Código Penal.

Como ensina Júlio Fabbrini MIRABETE, "as circunstâncias atenuantes e agravantes não têm o mesmo peso na quantidade da pena a ser diminuída ou aumentada, e deve o juiz, quando existentes ambas, fazer com que a pena se aproxime do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes".

[...]

Logo, como no caso dos autos não se vislumbra a confissão como indicativo de uma personalidade amigável, que seria indicativo de um elemento de natureza subjetiva, prepondera a reincidência.

[...]

No caso dos autos, agrava ainda mais a espécie o fato de se tratar de reincidência específica.

Assim, o fato de o apelante, punido por um crime, voltar a delinquir, já é bastante grave, fato que justifica a agravante de reincidência.

Porém, tornar a cometer a mesma infração que já cometera anteriormente mostra maior recalcitrância, autorizando a aplicação de maior fração de aumento pela reincidência.

Neste sentido Francesco Carnelutti que ao comentar a reincidência afirma que "atribui a lei particular importância quando se comete o novo delito depois da condenação pelo delito anterior; em tal caso o novo delito demonstra insensibilidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réu à condenação e, eventualmente, também o castigo ".

[...]

Logo, tratando-se de reincidência específica, mesmo única, impõe-se tratamento diferenciado.

Como o entendimento pacífico que uma única reincidência exaspera a pena de 1/6, por ser específica deveria se impor o aumento de 1/3.

Porém fixada a fração de aumento em 1/6 na segunda fase da dosimetria e ausente recurso da acusação, mantém-se o aumento fixado na sentença por ser mais favorável ao réu.

O regime fechado impõe-se, dada a plurirreincidência específica do apelante e sua personalidade voltada para a prática de delitos patrimoniais, nos termos do artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal, pois demonstrado à saciedade que o apelante mostrou-se refratário à terapêutica penal à qual foi submetido anteriormente, demonstrando que outro regime, que não o fechado, seria inócuo para atingir a função preventiva da pena, que é desestimular no ânimo do apelante a prática de novos delitos. (fls. 65/73)

II.

Quanto à fixação da pena-base, não assiste razão à impetrante.

Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do artigo 59 do Código Penal, das quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima.

Na hipótese em exame, **a pena-base do crime de roubo foi fixada em 6 anos de reclusão**, em decorrência de **dez condenações anteriores com trânsito em julgado** e porque **o paciente "ao ser preso por este feito, estava em benefício pela Vara das Execuções Criminais"**, revelando seu comportamento "total descaso pela vida em comunidade e ausência de qualquer aprendizagem pelos anos que passou encarcerado" (fl. 37).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, é pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. Neste sentido o HC n. 172.565/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 24.4.2013; REsp n. 1.364.114/MG, Rel. Ministra Marilza Maynard, 5T, DJe 25.4.2013; AgRg AREsp n. 343.147/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 1.8.2013; AgRg AREsp n. 343.147/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 1.8.2013; HC n. 178.019/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 14.3.2011 etc.

E, no presente caso, o paciente, de fato, ostenta diversas condenações anteriores, desde o ano de 1986 (processo 980/1989, 7/1990, 121/1989, 61/1989, 593/1986, 50/1989, 441/1995, 1882/1995, 1/1996, 596/1996, 171/2004, 29437/2006, 68135/2007, 162/2010, 48840/20080, fls. 81/89). O julgador fez menção a 11 condenações definitivas anteriores e considerou 10 delas para efeitos de fixação da pena-base, na primeira etapa da dosimetria.

Conquanto não haja distinção entre quais condenações foram utilizadas para valorar negativamente os antecedentes, considero que **a fixação da pena-base com percentual de aumento de 50% sobre o mínimo legal cominado para o crime de roubo revela proporcionalidade no processo de individualização da sanção penal**, máxime porque foi destacado que **as dez condenações anteriores foram por crimes da mesma espécie** e que o paciente "ao ser preso por este feito, estava em benefício pela Vara das Execuções Criminais", revelando seu comportamento "total descaso pela vida em comunidade e ausência de qualquer aprendizagem pelos anos que passou encarcerado" (fl. 37).

Não olvido que algumas condenações originaram-se de condutas perpetradas no final da década de 80. Contudo, além da recidiva específica, o lapso temporal entre a última condenação (processo 1864/2010, fl 89) e a prática do roubo apurado na ação penal originária deste *habeas corpus* **não ultrapassa dois anos**.

Sob esse cenário, **a elevação da pena-base do ora paciente mostra-se razoável, não merecendo qualquer reparo**.

III.

Faço menção – apenas para discorrer sobre as implicações do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transcurso do tempo no Direito e nas relações humanas – a dois recursos especiais (1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ) recentemente julgados (publicados em 9.9.2013) pela Quarta Turma do STJ, ambos da relatoria do **Ministro Luis Felipe Salomão**.

Os votos condutores dos acórdãos citados pontuaram que:

5. A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

A teoria em apreço encontra inspiração em artigo intitulado *The Right to Privacy*, de autoria de Samuel D. Warren e do então futuro juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis, publicado em 15 de dezembro de 1890, em edição da *Harvard Law Review* (Vol. IV, December 15, 1890, No. 5), que bem desdobra o *right to be let alone*.

É certo que tanto o artigo quanto os casos debatidos nos citados julgados tratam da extensão do dano pela violação do direito à privacidade e do direito de ser deixado em paz (direito ao esquecimento), na esfera civil. Entretanto, a essência dessa doutrina – com adaptações e temperamentos, por óbvio – é aplicável ao caso, pois, no que diz respeito ao direito de ser esquecido, de que é titular aquele sobre quem recai o peso de uma condenação penal, o substancial voto lançado no REsp n. 1.334.097/RJ não poderia ser mais esclarecedor:

Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último, ressaltando-se – como aqui se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ressalvou – a hipótese de crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374).

Mas não é por isso tudo que a informação ou comunicação de fatos criminosos sejam ilimitadas, infensas a qualquer restrição. Máxime quando se tem em conta a divulgação de um fato criminoso associado a certa pessoa a quem se atribua sua autoria. Há uma primeira restrição que, na palavra de Hermano Duval, diz com o direito ao esquecimento que assiste ao condenado, o que para Costa Andrade representa um direito à ressocialização do criminoso, não estranho à legislação pátria [...].

Por esse direito, então, aquele que tenha cometido um crime, todavia já cumprida a pena respectiva, vê a propósito preservada sua privacidade, honra e imagem.

Cuida-se inclusive de garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem, por evento passado e expirado, ser diminuídos.

Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento.

É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista, citado por Costa Andrade. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89-90).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.

*E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um **direito à esperança**, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. Destaque no original.*

A propósito, os referidos julgados foram objeto de matéria veiculada no sítio eletrônico deste Tribunal Superior, no dia 19.10.2013, onde se destacou, ao final, que **"a teoria do direito ao esquecimento surgiu exatamente a partir da ideia de que, mesmo quem comete um crime, depois de determinado tempo, vê-se apagadas todas as consequências penais do seu ato.** No Brasil, dois anos após o cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade por qualquer motivo, o autor do delito tem direito à reabilitação. Depois de cinco anos, afasta-se a possibilidade de considerar-se o fato para fins de reincidência, apagando-o de todos os registros criminais e processuais públicos."

Trago à colação, para fins de ilustração, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, em que se desconsiderou condenação antiga – que renderia ensejo a ser sopesada como mau antecedente penal – tendo em vista tratar-se de contravenção sem maior relevância. O julgado ficou assim ementado:

Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória. (HC n. 110.191/RJ, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, DJe 6.5.2013).

No voto condutor do acórdão, o relator do feito ressaltou que:

O paciente tem o registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. O homicídio de que trata o presente writ ocorreu em 17.1.1987, a pronúncia data de 6.8.1993 e a sentença condenatória foi proferida em 9.2.2006.

Tendo em vista que o recurso de apelação foi julgado em 17.10.2006, o registro da contravenção encontra-se distante temporalmente - há 27 anos.

*Entendo em consonância com os fundamentos da Corte estadual, que, decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), **não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes.***

Considerando a pena aplicada pelo Presidente do Tribunal do Júri (8 anos de reclusão), confirmada pelo TJ/RJ e transitada em julgado para o MP, é de ser declarada a prescrição da pretensão executória, pois já transcorreram mais de 12 anos desde a última causa interruptiva (art. 109, IV, do CP). - Destaquei.

Toda essa digressão – feita a partir dos substanciosos acórdãos mencionados – não possui alcance suficiente para sustentar o esquecimento do passado criminógeno do ora paciente. Afinal de contas, não foram duas ou três, e, sim, dez condenações definitivas por crimes da mesma natureza. Ademais, a ideia que subjaz ao chamado “direito ao esquecimento”, como visto, não tem como implicar a **relativização desses registros penais no caso concreto**, pois se mostra razoável o **relevo imprimido ao conjunto de condenações definitivas do paciente, associado ao fato de que estava em gozo de benefício penal quando do cometimento do crime**, considerando o piso e o teto abstratos previstos para o tipo penal - de 4 a 10 anos de reclusão.

Por fim, destaco que, segundo orientação consolidada neste Superior Tribunal e no Supremo Tribunal Federal, "a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores." (STF, HC n. 113.723/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 4/12/2013).

IV.

Em relação à tese de *bis in idem*, também não vislumbro nenhuma ilegalidade manifesta.

O Superior Tribunal de Justiça entende que "é permitido ao julgador utilizar-se de condenações anteriores do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavorável circunstância judicial e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio *ne bis in idem*" (HC 194.765/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6T, DJe de 24.3.2014).

Neste sentido cito, ainda, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. PENAL. ESTUPRO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES DIVERSAS. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE AUMENTO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO.

[...]

3. *Comprovado que o paciente possui diversas condenações transitadas em julgado, não há óbice para que se utilize uma condenação para exasperação da pena-base e outra como agravante pela reincidência.*

Bis in idem afastado.

[...]

5. *Habeas corpus não conhecido.*

(HC 147.716/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6T, DJe de 28.8.2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, consoante destacado pela Corte Estadual "o apelante possui 10 condenações com trânsito em julgado, todas por crimes patrimoniais (furto e roubo), **sem contar a condenação específica utilizada para fins de caracterizar a reincidência**" (fl. 65, destaquei).

Assim, verifica-se que o juiz sentenciante, para reconhecer a agravante genérica da reincidência, considerou **condenação definitiva distinta** daquelas que foram consideradas na primeira etapa da dosimetria da pena. E, compulsando a extensa folhas de antecedentes criminais do paciente, confirmo a existência de mais de uma condenação que, com fundamento nos artigos 63 e 64, ambos do Código Penal, caracterizam a reincidência, das quais cito, apenas para registro, aquelas proferidas nos processos criminais n. 68135/2007, 162/2010 e 48840/2008 (fls. 88/89).

Não há, portanto, que se falar em ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

V.

A Defensoria postula, ainda, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, pois seriam igualmente preponderantes.

Quando do julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23.5.2012 (DJe 4.9.2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento no sentido de que, **observadas as peculiaridades do caso concreto**, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

Cito, neste sentido, recentes julgados desta Corte:

[...]

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

[...]

(HC 278.085/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6T, DJe de 9.6.2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

1. *Constatado que inexistem dúvidas quanto à confissão do crime realizada pelo paciente, imperiosa a concessão de habeas corpus de ofício a fim de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, nos moldes da uníssona jurisprudência desta Corte.*

[...]

(AgRg no HC 288.872/SP, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5T, DJe de 23.5.2014)

Na hipótese, a Corte estadual reconheceu a atenuante genérica, sob o fundamento de que a confissão extrajudicial do paciente foi "utilizada como razão de decidir tanto na sentença como no v. acórdão" (fl. 65). Contudo, fez prevalecer a agravante genérica da reincidência, pois "como no caso dos autos não se vislumbra a confissão como indicativo de uma personalidade amigável, que seria indicativo de um elemento de natureza subjetiva, prepondera a reincidência" (fl. 68). Também destacou que "agrava ainda mais a espécie o fato de se tratar de reincidência específica" (fl. 70).

Não olvido que a reincidência é mais grave quando o novo delito é da mesma natureza que o anterior e que há precedentes da Quinta Turma desta Corte, no sentido de não permitir a compensação integral entre a confissão e a reincidência, **quando a recidiva do réu for específica e numerosa**, por evidenciar maior reprovabilidade da conduta. Neste sentido:

[...]

2. *A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752/RS, assentou a orientação no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência. A compensação da confissão espontânea e da reincidência, contudo, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.*

3. *No caso, é impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, pois, apesar da valoração da confissão dos réus, a dupla reincidência específica do segundo paciente exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada pelo primeiro, considerado primário, ou por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

único e isolado evento em sua vida, caso contrário, mesmo diante da comprovação de condições subjetivas distintas, ambos receberiam igual sanção penal.

[...]

(HC 281.071/SP, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5T, Dje de 9.6.2014)

Contudo, no caso em apreço, as instâncias ordinárias, diante das múltiplas condenações anteriores do paciente, optaram por considerar **apenas uma delas** para efeitos de reincidência. Assim, mesmo que a recidiva seja específica, não vejo como afastar a compensação almejada, entre somente uma condenação anterior e a confissão extrajudicial do paciente, que contribuiu para a segurança do julgado e para a busca da verdade real, devendo ser considerada igualmente preponderante.

Visível, portanto, o constrangimento ilegal, a exigir pronta correção da pena, na segunda etapa da dosimetria.

A reprimenda-base foi fixada em **6 anos de reclusão, mais 15 dias-multa**. Na segunda fase, concedo a ordem, de ofício, para compensar a atenuante da reincidência com a agravante da reincidência. Ausentes causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva do paciente no patamar indicado.

VI.

Finalmente, o regime inicial de cumprimento de pena não merece reparos, a um porque não foi constatada a flagrante ilegalidade na fixação da pena-base, que continua fixada acima do mínimo legal, e, a dois, porque ante a quantidade da pena, o desfavorecimento das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e a reincidência do réu, é cabível a fixação do regime inicial fechado.

Com efeito, consoante o artigo 33 do Código Penal, o réu reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão, e que teve as circunstâncias judiciais sopesadas de forma desfavorável poderá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado. De mais a mais, o acórdão impugnado destacou que o réu "mostrou-se refratário à terapêutica penal à qual foi submetido anteriormente, demonstrando que outro regime, que não o fechado, seria inócuo para atingir a função preventiva da pena, que é desestimular no ânimo do apelante a prática de novos delitos" (fl. 73).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII.

À vista do exposto, não conheço o *habeas corpus*. Contudo, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, conceder a ordem postulada, apenas para proceder a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, reduzindo a pena final do paciente para **6 anos de reclusão, além do pagamento de 15 dias-multa.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0403801-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 284.307 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00396404020128260050 396404020128260050 7442012

EM MESA

JULGADO: 12/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS FERREIRA NEVES

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.