

04/10/2016

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 137.173 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**PACTE.(S)** : **CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO**  
**IMPTE.(S)** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **RELATOR DO HC Nº 314.913 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**EMENTA**

**Habeas corpus. Penal. Roubo (CP, art. 157, § 1º). Condenação. Pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime fechado. Impetração dirigida contra decisão monocrática do Relator da causa no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Não conhecimento do *writ*. Ilegalidade flagrante configurada. Pena-base majorada em decorrência de maus antecedentes. Impossibilidade. Condenações extintas há mais de 5 (cinco) anos. Incidência do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Fixação da pena-base no mínimo legal. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixação do regime prisional aberto (CP, art. 33, § 2º, alínea a). Ordem concedida de ofício.**

1. Impetração dirigida contra decisão singular não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, o que configura o não exaurimento da instância antecedente, impossibilitando o conhecimento do *writ*. Precedentes.

2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores também não caracteriza maus antecedentes. Precedentes.

3. O regime fechado foi alicerçado i) na presença de circunstância

**HC 137173 / SP**

judicial desfavorável ao paciente, vale dizer, os maus antecedentes, afastados por conta da incidência do art. 64, inciso I, do Código Penal, e ii) na opinião do julgador a respeito da gravidade em abstrato do delito. Logo, ele não mais se sustenta, pois, segundo a pacífica jurisprudência da Corte, afigura-se inadmissível, por contrastar com as Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime inicial mais gravoso com base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime. Precedentes

4. **Writ** extinto.

5. Ordem concedida de ofício para se fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, bem como para estabelecer o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em não conhecer do **habeas corpus**, concedendo, no entanto, a ordem, de ofício, para afastar o aumento decorrente da valoração como maus antecedentes de condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal. Considerando a inexistência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis aferíveis de plano, fixa a Turma, desde logo, a pena-base do paciente no mínimo legal de 4 anos de reclusão, tornando-a definitiva, por conta da ausência de agravantes ou de causas especiais de aumento e de redução da pena, tal como reconhecido na sentença de primeiro grau. Em razão do montante de pena, o regime inicial para seu cumprimento será o aberto (CP, art. 33, § 2º, alínea a). Descabe falar, na hipótese, em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o crime em questão foi cometido com emprego de violência contra pessoa (CP, art. 44, inciso I).

**HC 137173 / SP**

Brasília, 4 de outubro de 2016.

**MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Relator

04/10/2016

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 137.173 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**PACTE.(S)** : **CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO**  
**IMPTE.(S)** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **RELATOR DO HC Nº 314.913 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

**Habeas corpus**, sem pedido de liminar, impetrado em favor de César Augusto Luiz Leonardo, apontando como autoridade coatora o Ministro **Sebastião Reis Júnior**, do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 314.913/SP.

Alega a impetrante, em síntese, que condenações anteriores do paciente, alcançadas pelo prazo depurador de 5 (cinco) anos (CP, art. 64, inciso I) foram utilizadas como maus antecedentes para majorar sua pena-base pelo crime de roubo (CP, art. 157, § 1º), totalizando 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Aduz, para tanto, que

“basta a leitura das certidões referidas na r. sentença de primeiro grau (fls. 63, 64 e 67), para verificar que as condenações retratam fatos de 2002 e 1994, que foram extintas integralmente em 29/08/2006, portanto, mais de cinco anos antes dos fatos descritos na inicial acusatória.”

Afirma a defesa que este Supremo Tribunal já assentou entendimento no sentido de que as condenações pretéritas alcançadas pelo lapso temporal previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal não

**HC 137173 / SP**

podem caracterizar maus antecedentes.

Assevera de outra parte, que esses maus antecedentes teriam justificado a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena do paciente.

Requer-se a concessão da ordem “para o fim de reduzir a pena do paciente (afastando o aumento em razão dos supostos maus antecedentes), bem como para fixar regime diverso do fechado para o início do cumprimento da pena”.

Não havendo pedido de liminar a ser apreciado e por estar a impetração devidamente instruída, foram dispensadas as informações da autoridade coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pelo não conhecimento do **habeas corpus** e, caso dele se conheça, pela denegação da ordem.

É o relatório.

04/10/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 137.173 SÃO PAULO

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Conforme relatado, volta-se a impetração contra ato do Ministro **Sebastião Reis Júnior**, do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 314.913/SP.

Narra a impetrante, na inicial, que

“o paciente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 157, §1º, do Código Penal, porque em dia e local narrados na denúncia, supostamente tentou subtrair para si um aparelho de telefone celular, marca LG, modelo GU 230, descrito e avaliado em R\$ 180,00 (cento e oitenta reais), pertencentes à empresa G. S. Celulares e Acessórios Ltda-ME, e, em seguida, empregou violência contra Bruna Gonçalves Silva e outra pessoa ainda não identificada, a fim de assegurar a detenção daquele aparelho para si, o que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade.

Regularmente processado, o paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado. O douto Magistrado aumentou a pena-base em razão dos maus antecedentes, fazendo referência às certidões de fls. 63, 64 e 67 (sentença de fls. 143/147).

A defensoria pública recorreu da r. sentença, visando à absolvição ou, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de furto tentado ou, ainda, a redução da pena, uma vez que as certidões referidas como maus antecedentes retratavam condenações antigas, a respeito das quais já superado o período depurador, pugnando ainda pela fixação de regime mais brando (fls. 165/173).

O recurso foi contra-arrazoado pelo Ministério Público (fls. 176/181).

O apelo foi desprovido pela d. 4ª Câmara Criminal

**HC 137173 / SP**

Extraordinária (fls. 198/205). Sobre os maus antecedentes, o Relator assim se manifestou:

‘Correta, então a condenação imposta, assim como a pena, pois o réu ostenta, de fato, maus antecedentes, pois ainda que as condenações sejam antigas, o certo é que servem para aferir sua personalidade, a ponto de merecer tratamento diverso daquele que nunca se envolveu em outros crimes’.

Sobre o regime, esclareceu que: ‘No mais, e pelos mesmos motivos, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena se mostrou justo e suficiente para a reprovação da conduta, razão pela qual o improvimento do recurso é medida que se impõe’ (fls. 204/205).

Diante desta decisão, impetrou-se *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, sustentando que o aumento da pena em razão de condenações antigas é ilegal (por violar o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal), inconstitucional (por violação do artigo 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal), atentatório aos direitos humanos (por violação ao direito fundamental ao esquecimento), além do que, não se vislumbra fundamentação idônea para a fixação do regime extremo no presente caso, requerendo ver sanada a irregularidade, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar regime inicial menos gravoso. Embora o E. Superior Tribunal não tenha conhecido do pedido, enfrentou as teses.”

Transcrevo o teor da decisão questionada:

“Trata-se de *habeas corpus* substitutivo impetrado em benefício de **Oswaldo Pereira dos Santos**, apontando como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 dias-multa, como incurso no art. 157, § 1º, do

**HC 137173 / SP**

Código Penal (Processo n. 1853/12 - 2ª Vara Criminal da comarca de Marília/SP).

Interposto recurso de apelação (n. 0030676-49.2012.8.26.0344), o Tribunal *a quo* negou-lhe provimento, mantendo, na íntegra, a sentença de primeiro grau.

Sustenta o impetrante, em suma, que, ultrapassado o período depurador (art. 64, I, do CP), as condenações anteriores não podem ser reconhecidas como maus-antecedentes.

Aduz, ainda, que diante da primariedade do réu e analisadas as circunstâncias judiciais favoráveis, a fixação do regime fechado mostra-se ilegal.

Requer, assim, a concessão da ordem, para o fim de reduzir a pena do paciente (afastando o aumento em razão dos supostos maus antecedentes), bem como para fixar regime diverso do fechado para o início do cumprimento da pena (fl. 6).

Não houve pedido de liminar.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 74/77).

É o relatório.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

Na espécie, não há constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Consoante relatado, busca o impetrante a redução da pena-base ao mínimo legal e a fixação do regime inicial mais brando.

Em relação à pena-base, vê-se dos autos que, ao entender pela sua majoração, o julgador local levou em conta os maus antecedentes, em razão de condenações anteriores, com trânsito em julgado, em que já havia transcorrido o período depurativo para fins de reincidência.

A despeito dos relevantes argumentos aduzidos pela defesa, sem sorte está o paciente, pois, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações



**HC 137173 / SP**

alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

Nesse sentido: AgRg no REsp 1474765/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 12/5/2015; HC 309.329/SP, Rel. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Quinta Turma, DJe 19/5/2015; AgRg no AREsp 571.478/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/10/2014; HC 289.974/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28/8/2014; e AgRg no HC 259.651/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 18/2/2013.

Acerca do regime prisional, também não há falar em ilegalidade, pois, conforme a pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, devem ser observadas as regras dos arts. 33 e 59 do Código Penal, de forma que a existência de circunstância judicial negativa, verificada na primeira fase da dosimetria, permite a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* final da reprimenda.

Confirmam-se os seguintes julgados: HC n. 349.154/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/4/2016; HC n. 344.386/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/5/2016.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*” (grifos do autor).

Como visto, esta impetração tem como escopo decisão singular do Ministro **Sebastião Reis Júnior**, que não conheceu do HC nº 314.913/SP. Logo, incide na espécie o entendimento de que

“é inadmissível o **habeas corpus** que se volta contra decisão monocrática do Relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente” (HC nº 101.407/PR, Primeira Turma, de **minha**

**HC 137173 / SP**

**relatoria**, DJe de 19/3/14).

No mesmo sentido: HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 24/4/14; e RHC nº 111.395/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 30/9/13, entre outros.

Cabe ressaltar, todavia, inexistir impedimento para que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do **habeas corpus**, analise excepcionalmente a questão de ofício quando evidenciada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que é caso.

Pelo que se depreende dos autos, a sentença estipulou a pena-base do paciente 8 (oito) meses acima do mínimo legal em razão de maus antecedentes considerados a partir de anotações criminais cujas penas estavam extintas havia mais de 5 (cinco) anos.

O Superior Tribunal de Justiça acabou por decidir contrariamente ao entendimento da Corte ao manter a dosimetria fixada em grau primeiro, entendendo que as condenações anteriores transitadas em julgado alcançadas pelo prazo depurador de 5 (cinco) anos (CP, art. 64, inciso I) não impedem a configuração de maus antecedentes.

Cito precedentes deste Supremo Tribunal sobre o tema:

“[Q]uando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes” (HC nº 119.200/PR, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 12/3/14);

“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

**HC 137173 / SP**

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. 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 nº 110.191/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/13 – grifos nosso).

Destaco, ainda, o RHC nº 118.977/MS, Primeira Turma, DJe de 4/4/14 e o HC nº 130.613/RJ, Segunda Turma, DJe de 18/12/15, ambos de **minha relatoria**.

Não se desconhece que o tema relativo à valoração de antecedentes decorrentes de penas já extintas há mais de 5 (cinco) anos, para fins de exasperação da pena-base, teve sua repercussão geral reconhecida (RE nº 593.818/SC-RG, de relatoria do Ministro **Roberto Barroso**), não tendo, contudo, sido ainda devidamente debatido no Plenário da Corte.

Entretanto, não há impedimento para prosseguir com o julgamento deste **habeas corpus**, diante da existência dos precedentes favoráveis à tese da defesa, que já se formaram na Corte.

No que se refere à imposição do regime fechado, ele está assim justificado na sentença:

“Os seus maus antecedentes, aliados, à inquestionável gravidade do ilícito penal que praticou, determinam a adoção do regime fechado para o início da pena privativa de liberdade” (anexo 2).

Vê-se que o regime mais gravoso foi alicerçado na presença de circunstância judicial desfavorável ao paciente, vale dizer, os maus antecedentes, que ora se afasta por conta da incidência do art. 64, inciso I, do Código Penal e na opinião do julgador a respeito da gravidade em

**HC 137173 / SP**

abstrato do delito.

Logo, não se sustenta, na espécie, o regime prisional fechado, pois, segundo a pacífica jurisprudência da Corte, afigura-se inadmissível, por contrastar com as Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime inicial mais gravoso com base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime (*v.g.* RHC nº 119.893/SP, Primeira Turma, DJe de 19/12/14; e HC nº 124.954/DF, Primeira Turma, DJe de 8/4/15, ambos de **minha relatoria**).

Perfilhando esse entendimento:

“Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º, inciso I, do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime semiaberto. Possibilidade: primariedade da paciente, circunstâncias judiciais favoráveis e fundamentação inadequada (gravidade in abstrato do delito). 4. A jurisprudência do STF consolidou entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto (...)” (HC nº 133.709/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 1º/8/16);

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. INADEQUAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

(...)

Inviável regime inicial prisional mais gravoso que o quantum da pena aplicada com base na gravidade em abstrato do delito, mormente quando presentes todas circunstâncias judiciais favoráveis. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal

**HC 137173 / SP**

Federal. 4. Recurso ordinário provido para a imposição do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto” (RHC nº 128.094/SC, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 1º/2/16).

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**. Concedo, porém, a ordem de ofício para **afastar o aumento decorrente da valoração como maus antecedentes** de condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

Considerando a **inexistência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis** aferíveis de plano, **fixo, desde logo, a pena-base do paciente no mínimo legal de 4 (anos) de reclusão, que torno definitiva**, por conta da ausência de agravantes e de causas especiais de aumento ou de redução da pena, tal como reconhecido na sentença de primeiro grau.

Em razão do montante de pena, **o regime inicial para seu cumprimento será o aberto** (CP, art. 33, § 2º, alínea a).

Descabe falar, na hipótese, em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o crime em questão foi cometido com emprego de violência contra pessoa (CP, art. 44, inciso I).

É como voto.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 137.173**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

PACTE.(S) : CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 314.913 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, para afastar o aumento decorrente da valoração, como maus antecedentes, de condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal. Considerando a inexistência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis aferíveis de plano, fixou, desde logo, a pena-base do paciente no mínimo legal de 4 anos de reclusão, tornando-a definitiva, por conta da ausência de agravantes e de causas especiais de aumento e de redução da pena, assim reconhecida na sentença de primeiro grau. Em razão do montante de pena, o regime inicial para seu cumprimento será o aberto (CP, art. 33, § 2º, alínea a), Descabendo falar, na hipótese, em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o crime em questão foi cometido com emprego de violência contra pessoa (CP, art. 44, inciso I), nos termos do voto do Relator. Presente à sessão, pelo paciente, o Dr. Rafael Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 4.10.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko.

Ravena Siqueira  
Secretária