

## HABEAS CORPUS 95.585 – SP

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Airton José Low

Impetrante: Rinaldo de Jesus Scandiucci

Coator: Relator do Habeas Corpus 91.719 do Superior Tribunal de Justiça

**Direito penal e processual penal. Habeas corpus. Maus antecedentes. Fato criminoso anterior. Distinção com reincidência. Denegação.**

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à noção de maus antecedentes para fins de estabelecimento do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

2. Não há que confundir as noções de maus antecedentes com reincidência. Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (CP, art. 63).

3. Levando em conta o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar os maus antecedentes criminais (CP, art. 59), não havendo qualquer ilegalidade ou abuso na sentença que impõe o regime fechado à luz da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, como é o caso dos maus antecedentes.

4. *Habeas corpus* denegado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 11 de novembro de 2008 — Ellen Gracie, Relatora.

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática do relator do HC 91.719, do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento a *habeas corpus* com fundamento no art. 38 da Lei 8.038/90 (fls. 884/886 do apenso).

Argumenta o Impetrante que o Paciente foi condenado pela prática do crime de homicídio simples (CP, art. 121, *caput*) à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado. Observa que os recursos de apelação e embargos de declaração interpostos pela defesa foram improvidos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A pretensão era de alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o regime semi-aberto. Diante de tais decisões, houve impetração de *writ* no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tendo o relator negado seguimento ao pedido.

Registra que, no estabelecimento do regime prisional e nos sucessivos julgamentos do TJ e do STJ, considerou-se, indevidamente, condenação ocorrida posteriormente ao fato relativamente ao qual o Paciente foi condenado. Não havia, assim, como considerar maus antecedentes para estabelecimento do regime fechado. Observa que as circunstâncias do art. 59 do CP eram favoráveis ao Paciente. Violou-se o princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII).

Requer a concessão da ordem para o fim de ser anulada, em parte, a sentença, alterando-se o regime fechado para o regime semi-aberto.

2. Decisão no sentido do indeferimento da liminar (fls. 19/21).

3. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido da denegação da ordem (fls. 24/27).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à noção de maus antecedentes para fins de estabelecimento do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Para melhor análise da questão, aproveito para transcrever trecho do dispositivo da sentença condenatória proferida por ocasião do julgamento do Paciente no Tribunal do Júri (fl. 672 do apenso 4):

(...)

O réu é portador de antecedente criminal, conforme certidão de fl. 281 dos autos, já tendo sido condenado anteriormente de forma definitiva por crime apenado com reclusão. Desta forma, sua pena-base é aplicada acima do seu mínimo legal, ou seja, 7 (sete) anos de reclusão. Reconhecida a atenuante de pena a seu favor, esta retorna ao seu patamar inicial, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão, pena esta que torno definitiva, na ausência de quaisquer outras causas que aumentem ou diminuam-lhe a pena.

Ante o exposto, *condeno* o réu *Airton José Low* à pena de 6 (seis) anos de reclusão, como incurso no artigo 121, *caput*, do Código Penal.



O regime inicial para cumprimento da pena será o regime fechado, diante do mencionado antecedente criminal, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", bem como nos termos do mencionado artigo, § 3º.

A tese defendida neste *writ* pelo Impetrante diz respeito à impossibilidade de se considerar como antecedente criminal condenação definitiva que somente tenha ocorrido em data posterior ao fato relativamente ao qual o acusado é condenado. Assim, como o homicídio data de 1990 e a condenação definitiva por outro crime somente ocorreu em 1995, o Paciente não poderia ser considerado portador de maus antecedentes para o fim de estabelecimento do regime fechado como regime inicial de cumprimento da pena de reclusão, imposta pelo juiz togado após a decisão dos jurados.

2. Entendo ser oportuna a transcrição de trecho da manifestação da Procuradoria-Geral da República no caso em questão (fl. 26):

(...)

Impende, *a priori*, esclarecer o significado do vocábulo "antecedente" que, como o próprio nome já denota, deve ser tudo aquilo, e somente aquilo, que antecede a prática do fato, ou seja, a denominada vida anteaeta do réu.

Necessárias duas considerações: "tudo aquilo" que antecede a prática do fato, à exceção do que possa ser considerado para fins de reincidência, cuidando-se para que não se valore, por mais de uma vez, a mesma circunstância: "somente aquilo" que antecede a prática do fato, uma vez que as ocorrências que lhe forem posteriores estão, lógica e juridicamente, excluídas do vocábulo "antecedentes".

Importa, pois, para fins de configuração de um mau antecedente, observar a data dos fatos, sendo irrelevante, para tal fim, a data da condenação. O mesmo não se diga para a configuração da reincidência, a qual imprescinde da observância da data do fato, bem como da data da condenação (trânsito em julgado da sentença, a teor do art. 63 do CP).

Conforme se extrai do relato acima, o fato considerado pela sentença como mau antecedente ocorreu em data anterior (dezembro de 1989) ao fato criminoso objeto da ação penal nº 749/90 (15 de março de 1990), sendo irrelevante, repita-se, para o fim para o qual se valeu, ter sido a condenação superveniente ao fato.

Saliente-se que a sentença não se amparou na reincidência do réu, apresentando-se legítimo o regime inicial por ela fixado, com esteio em seus maus antecedentes.

3. Na precisa lição doutrinária, "a condenação por fato anterior transitada em julgado após o novo fato" é considerada mau antecedente e não caso de reincidência (Celso Delmanto *et alii*. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Re-

novar, p. 110).

Observo que o Impetrante confunde as noções de maus antecedentes com reincidência. Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (CP, art. 63).

4. Desse modo, levando em conta o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar os maus antecedentes criminais (CP, art. 59), não havendo qualquer ilegalidade ou abuso na sentença que impõe o regime fechado à luz da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, como é o caso dos maus antecedentes.

5. Ante o exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, vou pedir vênha para divergir, considerando a circunstância de que não havia trânsito em julgado.

### DEBATE

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Então, o que seriam “maus antecedentes”?

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): **A mera existência de inquéritos policiais em curso e a tramitação de processos penais em juízo não autorizam que se atribua, a qualquer pessoa, só por isso, a condição de portadora de maus antecedentes.**

**Esse entendimento**, Senhora Relatora, **tem o beneplácito** da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (RTJ 136/627 – RTJ 139/885 – RTJ 187/646, v.g.), **refletindo-se**, ainda, na orientação dos Tribunais em geral (RT 418/286 – RT 422/307 – RT 572/391 – RT 586/338), e, também, no magistério da doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, “**Código Penal Anotado**”, p. 199/200, 11ª ed., 2001, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “**Código Penal Comentado**”, p. 107, 5ª ed., 2000, Renovar; ROGÉRIO GRECO, “**Curso de Direito Penal – Parte Geral**”, vol. I/626, item n. 11.3.2, 5ª ed., 2005, Editora Impetus, v.g.).

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Ou seja, atos que não resultaram em investigação penal podem ser maus antecedentes?

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): **É preciso dar consequência à presunção constitucional de inocência, pois só se pode considerar culpado quem houver sofrido condenação penal transitada em julgado.**



Daí porque, Senhora Relatora, **coloquei** em destaque, em recente decisão por mim proferida, **essa diretriz**, tendo por fundamento **o que proclama**, expressamente, **na declaração** de direitos, **a própria** Constituição da República (CF, art. 5º, inciso LVII):

**PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE (CE, ART. 5º, LVII). MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO (OU ARQUIVADOS), OU DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO, OU DE SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA SUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA, EM TAIS SITUAÇÕES, DE TÍTULO PENAL CONDENATÓRIO IRRECORRÍVEL. CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO, CONTRA O RÉU, COM BASE EM EPISÓDIOS PROCESSUAIS AINDA NÃO CONCLUÍDOS, DE JUÍZO DE MAUS ANTECEDENTES. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE APLICADA AO RÉU. POSTULAÇÃO RECURSAL ACOLHÍVEL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.**

*- A formulação, contra o sentenciado, de juízo de maus antecedentes, para os fins e efeitos a que se refere o art. 59 do Código Penal, não pode apoiar-se na mera instauração de inquéritos policiais (em andamento ou arquivados), ou na simples existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso.*

*É que não podem repercutir, contra o réu, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade (CE, art. 5º, LVII), situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, porque inexistente, em tal contexto, título penal condenatório definitivamente constituído. Doutrina. Precedentes.*

(RE 577.556/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Para efeito de reincidência? Aí haveria a majoração da pena.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): Essa é uma outra controvérsia, pois a questão da constitucionalidade da reincidência será apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, porque já se reconheceu, quanto a ela, a existência de repercussão geral.

A natureza constitucional dessa controvérsia remete à discussão sobre a legitimidade jurídica da definição legal da reincidência como circunstância agravante genérica, eis que se sustenta, no exame desse tema, que o art. 61, inciso I, do Código Penal qualificar-se-ia como verdadeiro "bis in idem", de todo incompatível com o nosso sistema de direito constitucional positivo.

Tenho a impressão, Senhora Relatora, de que essa matéria será examinada, oportunamente, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 591.563/RS, de que é Relator o eminente Ministro CEZAR PELUSO.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Fui eu que suscitei.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Só tenho dificuldade de imaginar uma hipótese em que, então, seria possível caracterizar maus antecedentes.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): Certamente, Senhora Relatora, situações processuais **ainda pendentes** de apreciação ou **ainda não tornadas definitivas** por sentença penal condenatória **transitada em julgado não podem autorizar** o Poder Judiciário a qualificar o Réu **como portador** de maus antecedentes.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Certo.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): **Não tenho qualquer dúvida** de que se mostra juridicamente inadmissível considerar-se, como indício **revelador** de maus antecedentes, a **mera existência** de processos penais ou de investigações criminais em curso, **porque há de prevalecer, sempre**, nessa matéria, **sem qualquer distinção, a supremacia** da presunção **constitucional** do estado de inocência.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, gostaria de lembrar que julgamos no Plenário – se não me engano, na AO 1.046 – uma proposição de minha autoria, cujo teor é exatamente o seguinte: deve ser examinado caso a caso. Não há uma posição apriorística; deve ser examinado caso a caso, e, naquele caso, propus que não levássemos em consideração as ações que estavam...

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): V. Exa. aplica esse critério ao caso ora em exame?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Aqui, indago da eminente Relatora quais são os processos. São muitos processos?

Temos que levar em consideração, também, o fato de que dificilmente uma ação penal transita em julgado no Brasil, sobretudo se ela é conduzida por bons advogados. A condescendência do nosso sistema penal é tamanha que chegamos a esse absurdo.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): Parece-me que, no caso, há um só processo, segundo vejo no Relatório em causa.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): É, mas vamos examinar o teor da sentença.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): A cópia dessa sentença está no Apenso 4, p. 672.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Não estou encontrando essa p. 672 no anexo 4, não.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): V. Exa., logo no início de seu voto, observa:

*Para melhor análise da questão, aproveito para transcrever trecho do dispositivo da sentença condenatória proferida por ocasião do julgamento do Paciente no Tribunal do Júri (fl. 672 do apenso 4):*

“(…)



O réu é portador de antecedente criminal – antecedente, é um só – conforme certidão de fls. 281 dos autos (...).”

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): O caso é que esses apensos são xérox de péssima qualidade, e não consigo enxergar os números das páginas.

O problema está aqui:

(...) condeno o Réu Airton José Low à pena de 6 (seis) anos de reclusão, como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal.

O regime inicial para o cumprimento da pena será o regime fechado, diante do mencionado antecedente criminal (...)

É um só.

(...) portador de antecedente criminal, conforme certidão de fl. 281 dos autos, tendo sido condenado anteriormente de forma definitiva por crime apenado com reclusão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso foi condenação definitiva sem ser reincidente. Foi condenado após o fato.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): Foi o que aconteceu.

#### VOTO (Retificação)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, examinado o Código aqui, verifico que V. Exa. tem razão. Retifico a minha divergência.

#### VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, vou me manter fiel à proposição que fiz ao Plenário na AO 1.046.

Diante de um quadro como esse em que há apenas uma condenação ainda não transitada em julgado, e é o caso, e além do mais, fato posterior ao fato a que ele responde, neste processo, mantenho aquele ponto de vista que externei há pouco mais de um ano, no Plenário, divergindo para conceder a ordem de *habeas corpus*.

#### EXTRATO DA ATA

HC 95.585/SP – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Airton José Low. Impetrante: Rinaldo de Jesus Scandiucci. Coator: Relator do Habeas Corpus 91.719 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação majoritária, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Joaquim Babosa e Presidente, que o deferiam.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador- Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 11 de novembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.