

*participaram todos os denunciados. Esta a acusação contra o paciente que será objeto de prova e da qual poderá se defender plenamente, sem risco de confusão de sua conduta com a do outro sócio da Destaque, que, além de participar das tratativas para a montagem da fraude que possibilitaria o desvio das verbas, também firmou o contrato simulado."*

Exigir mais, pretender que a denúncia tivesse reproduzido as palavras, sugestões e atitudes do ora paciente, naquelas reuniões, fora demasia.

Com o devido respeito, também indefiro a ordem.

#### VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ministro Joaquim Barbosa, infelizmente não irei acompanhá-lo.

Também entendo que a falta de descrição da participação do paciente e a coincidência com a participação dos demais não infirmam a inicial.

#### EXTRATO DA ATA

HC 83.736/SP — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Ministro Carlos Britto. Paciente: Olivo Simoso. Impetrante: Carlos de Araujo Pimentel Neto. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Vencido o Ministro Joaquim Barbosa, Relator, que o deferia. Relator para o acórdão o Ministro Carlos Britto. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 17 de fevereiro de 2004 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

#### RECURSO EM HABEAS CORPUS 83.547 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Recorrente: *Luís Fabiano Nascimento Costa ou Luiz Fabiano Nascimento Costa ou Roberto dos Santos*

Recorrido: *Ministério Público Federal*

*Recurso ordinário em habeas corpus. Paciente condenado por roubo, em regime inicial fechado. Alegado constrangimento ilegal consistente na aplicação de pena acima do mínimo em*

*face de condenações anteriores, consideradas a título de maus antecedentes, porquanto transcorrido o prazo da prescrição quinquenal da reincidência. Pretensão de reduzir-se a condenação ao mínimo legal previsto com a fixação do regime aberto.*

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado quanto à possibilidade de a condenação criminal que não pôde ser considerada para o efeito de reincidência — em face do decurso do prazo previsto no art. 64, inciso I, do CP —, ser considerada a título de maus antecedentes quando da análise das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena. Precedentes.

Caso em que o recorrente não invoca nenhum fundamento específico para a alteração do regime prisional, mas tão-somente vincula o pedido à pretensão de ver reduzida a pena imposta. Assim, é de se ter esse pedido como prejudicado, facultando-se, de pronto, nova impetração, desde que sob fundamento autônomo e na instância competente.

Recurso ordinário desprovido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso ordinário em *habeas corpus*, mas lhe negar provimento.

Brasília, 21 de outubro de 2003 – Sepúlveda Pertence, Presidente — Carlos Ayres Britto, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça indeferitório de *writ*, em que se objetivava a redução ao mínimo legal da pena imposta ao paciente pela prática de roubo, com a possibilidade de cumprimento em regime aberto.

2. Consta dos autos que o recorrente foi condenado a 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 (doze) dias-multa, por infração ao *caput* do art. 157 do CP.

3. O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação do réu, mantendo a sentença condenatória, o que ensejou a impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça.

4. Naquela oportunidade, sustentou-se que as condenações anteriores não poderiam ser consideradas como maus antecedentes para aumentar a pena-base,

porquanto ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, inciso I, do CP. É dizer: assim como não é possível considerar a reincidência para efeito de aplicação da pena após o transcurso do quinquênio legal, também não seria possível que os efeitos provenientes dessa condenação fossem levados em consideração a título de maus antecedentes. E ainda foi requerida a mudança do regime prisional que passaria de fechado para o regime aberto.

5. Pois bem, a Quinta Turma do STJ indeferiu o pedido em acórdão de cujo corpo se extrai (fls. 47/54):

“No que diz respeito à primeira argüição de que indevida a majoração da pena-base pelo Juiz monocrático, tendo em vista a existência de duas condenações do Paciente, uma pelo delito tipificado na Lei de Tóxicos e a outra pela prática de roubo, quando já havia decorrido o prazo de cinco anos para a caracterização da reincidência, tenho que a pretensão não merece guarida.

É entendimento desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, de que o decurso do prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, embora elimine os efeitos da reincidência como tal, não obsta ao julgador que tais condenações possam ser consideradas como maus antecedentes, para os fins do art. 59 do Código Penal.

Nesse sentido:

(...)

*“Competência — Habeas corpus — Ato de Tribunal de Alçada Criminal (...)*

*Pena — Fixação — Circunstâncias judicial e legal — Identidade do fato — Bis in idem — Improbidade. (...)*

*Pena — Fixação — Circunstâncias Judicial e Legal — Processo findo.* Uma vez verificado o transcurso dos cinco anos previstos no inciso I do artigo 64 do Código Penal, possível é tomar-se a condenação como indicadora de maus antecedentes para efeito previsto no artigo 59 do diploma referido.” (HC 76665/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 04/09/1998)

Ainda que esse entendimento não fosse o adequado, resalto que o juiz prolator da sentença se equivocou ao desconsiderar a reincidência do Paciente, como bem ressaltou a ilustre Subprocuradora-Geral da República,

Dra. Zélia Oliveira Gomes, nos seguintes trechos de sua manifestação, *verbis*:

“(…) o período depurador previsto no art. 64, I do Código Penal, para afastamento da reincidência, se conta a partir da *data do cumprimento ou extinção da pena* relativa ao crime anterior, computado o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, se não houver revogação.

(…)

No caso sob exame, a r. sentença laborou em equívoco ao desconsiderar a reincidência.

É que, segundo a certidão de fls. 14, o paciente foi condenado, em 24 de novembro de 1994, a cinco anos e quatro meses de reclusão e três meses de detenção, além de treze dias-multa, como incurso nos arts. 157, § 2º, I e II e 307, do Código Penal, por fatos ocorridos em 1º de janeiro de 1994. O Ministério Público apelou da sentença, sem sucesso, tendo o v. acórdão transitado em julgado em 1º de setembro de 1995, sendo extraída da Guia de Recolhimento aos 18 de outubro de 1995, protocolada na VEC em 31 do mesmo mês.

Evidente, portanto, que até 23 de julho de 2001, quando cometido o crime objeto do presente processo, não houve tempo suficiente para cumprimento da pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, mesmo que o réu tenha sido preso em flagrante, e ainda vencer prazo de cinco anos, indispensável à consumação da prescrição da reincidência, contado da *data do efetivo cumprimento ou extinção da pena* do primeiro crime.

O réu, portanto, era reincidente.

É certo que o cochilo do Ministério Público, não recorrendo da sentença, beneficiou o paciente porquanto a reincidência não poderá ser invocada em seu prejuízo.

As condenações, todavia, podem ser levadas à conta de maus antecedentes para o fim de recrudescer a pena-base, pelo que a sentença, em tal segmento, não merece reparo.” (fls. 43/44)

Nenhum reparo merece o pronunciamento do *Parquet* federal.

Melhor sorte não assiste ao Impetrante, quanto à sua contrariedade em relação à imposição do regime fechado ao Paciente, já que inexiste qualquer ilegalidade na sua fixação. No processo de individualização da pena, na sentença de primeiro grau, ficou demonstrado as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente, dentre as quais os maus antecedentes, gravidade do delito, bem como personalidade voltada para o crime, o que justifica o cumprimento inicial da pena no regime mais gravoso."

(...)

Ante o exposto denego a ordem."

6. Esta a razão do presente recurso ordinário, em que se reiteram as alegações insertas na impetração originária. Reportando-se a julgados do STJ e de tribunais estaduais e regionais, o recorrente insiste na violação ao art. 64, inciso I, do CP. Daí pontuar que, passado prazo necessário para a reabilitação, o réu retorna à qualidade de primário, não sendo possível considerar como maus antecedentes as condenações anteriores que tinham sido atingidas pelo lapso expurgador da reincidência. Pelo que requer o provimento do recurso, para que se reduza a pena ao mínimo legal a ser cumprida em regime aberto.

7. Em contra-razões, o Ministério Público Federal pugna pelo não-provimento do recurso, consignando ser *"legítima a majoração da pena pela consideração da personalidade voltada para o crime do paciente, bem como dos episódios processuais que derivaram as condenações penais por ele sofridas, não havendo que se cogitar em violação ao art. 64, inciso I, do Código Penal, que se refere, exclusivamente à inibição dos efeitos da reincidência"*. Passando a acrescentar que *"o status poenalis do condenado, mesmo que contra ele não mais prevaleça a pecha da reincidência (...), pode influir, enquanto circunstância judicial pertinente aos seus antecedentes, na fixação da pena"*. Nesse sentido, cita vários precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, entre eles os HCs 75.965, 74.967, 69.001.

8. Enfim, após o regular processamento, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral da República, opinando esta pelo conhecimento e denegação do recurso "(fls. 85/90).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Feito o relatório, passo ao voto.

9. O recurso ordinário preenche todos os requisitos legais, devendo, pois, ser conhecido.

10. Consoante demonstraram o acórdão recorrido e as contra-razões do

Ministério Público Federal, o tema é conhecido desta excelsa Corte, havendo vários pronunciamentos de ambas as Turmas no sentido de ser possível que a condenação criminal que não pôde ser considerada para o efeito de reincidência em face do decurso do prazo previsto no art. 64, inciso I, do CP seja considerada a título de maus antecedentes quando da análise das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena.

Citem-se, a propósito, os seguintes julgados:

“(…)

*Pena — Fixação — Circunstâncias Judicial e Legal — Processo findo.* Uma vez verificado o transcurso dos cinco anos previstos no inciso I do artigo 64 do Código Penal, possível é tomar-se a condenação como indicadora de maus antecedentes para efeito previsto no art. 59 do diploma referido.”

(HC 76665, Rel. Min. Marco Aurélio)

*“Habeas corpus — Tráfico de entorpecentes — Simultânea impugnação de decisão de primeira instância e de acórdão de Tribunal de Justiça — Prescrição temporal da reincidência — Irrelevância quanto à configuração de maus antecedentes judiciário-sociais — Prova pericial acrescida — Inobservância do princípio do contraditório — Constrangimento injusto caracterizado — Pedido deferido.*

(…)

— A existência de condenações penais anteriores irrecorríveis — mesmo revelando-se inaplicável a circunstância agravante da reincidência, ante o que dispõe o art. 64, I, do Código Penal — não inibe o Poder Judiciário de considerá-las, no processo de dosimetria penal, como elementos caracterizadores de maus antecedentes judiciário-sociais do acusado.

(…)”

(HC 69.001, Rel. Min. Celso de Mello)

*“Habeas corpus.*

— Inexistência, no caso de reincidência, por dever o prazo da prescrição quinquenal para a prescrição dela ser contado da data em que o *sursis* tiver suas condições cumpridas, e não da data da sentença que o declare.

— A presunção de inocência não impede que a existência

de inquérito policial e de condenação criminal que não possa ser considerada para a caracterização da reincidência não possa ser levada em conta de maus antecedentes.

(...)"

(HC 74.967, Rel. Min. Moreira Alves)

*"Direito penal e Processual penal.*

*Reincidência: Extinção dos efeitos. Maus antecedentes. Artigos 64, I, e 59 do Código Penal. Pena pela reincidência e pela circunstância judicial. Alegação de bis in idem.*

*Habeas corpus.*

Não procede a alegação de que, na fixação da pena, a condenação anterior foi levada em consideração para elevação da pena-base, como circunstância judicial desfavorável (mau antecedente — art. 59 do CP) e, ao depois, como agravante (reincidência — art. 61, I).

É que, para isso, não foram considerados os mesmos fatos, não se caracterizando, assim, o alegado *bis in idem*.

Ademais, a extinção dos efeitos da reincidência, como tal, por força do disposto no inc. I do art. 64 do C. Penal, não elimina o mau antecedente representado pelo delito praticado e que justificou a condenação.

Precedentes."

(HC 75.965, Rel. Min. Sydney Sanches)

11. De fato, entendimento diverso, além de irrazoável, terminaria por ferir o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI). Isto, na medida em que equipararia, quando da análise das circunstâncias judiciais para a dosimetria da pena (art. 59 do CP), um acusado que jamais respondeu a um inquérito (sem antecedentes criminais, portanto) a outro já processado e condenado diversas vezes. A perplexidade da consequência revela a fragilidade da proposição.

12. O caso concreto não foge à regra. O paciente já havia sido condenado por infração à Lei de Tóxicos e por incidência no chamado "roubo qualificado", com emprego de arma e concurso de pessoas. E foram essas as condenações consideradas na sentença para aumentar a pena. Pelo que leio da decisão, *in verbis* (fl. 38):

"Fixo a pena base em cinco anos de reclusão e doze dias-multa, no valor unitário mínimo, justificando a pena

base acima do mínimo legal pela existência de duas outras condenações, uma por crime de tóxicos e outra por crime contra o patrimônio (fls. 61 e 63), que, se por um lado não podem vir a ser consideradas como reincidência pelo decurso do prazo depurador, por outro lado podem e devem ser consideradas como péssimos antecedentes, não sendo por demais asseverar que uma das condenações o foi por roubo em concurso de pessoas e com emprego de arma, o que por si só já revela a periculosidade e a conduta social do acusado, atendendo-se assim ao comando normativo do art. 59 do CP.

Pela inexistência de outras causas modificadoras, torno a pena definitiva em cinco anos de reclusão e doze dias-multa, no valor unitário mínimo.”

13. A seu turno, como bem demonstrado no parecer da ilustre Subprocuradora-Geral que oficiou no STJ, Dra. Zélia Oliveira Gomes, o magistrado sentenciante equivocou-se ao desconsiderar a reincidência, já que os documentos de fls. 11/14 revelam a falha no cômputo do quinquênio legal previsto para os fins do art. 64, inciso I, do CP. Tal constatação, embora não sirva de fundamento para a denegação do *writ*, revela que o paciente já foi beneficiado com a aplicação de pena menor do que aquela que, em tese, seria cabível à espécie.

14. Quanto ao regime prisional, como se depreende da impetração originária e do recurso interposto, o recorrente não invoca nenhum fundamento específico para sua alteração, mas tão-somente vincula o pedido à pretensão de ver reduzida a pena imposta, quer dizer, como conseqüência natural desta. Assim, é de se ter esse pedido como prejudicado, facultando-se, de pronto, nova impetração, desde que sob fundamento autônomo e na instância competente.

15. Com estes fundamentos, meu voto conhece do recurso e lhe nega provimento.

#### EXTRATO DA ATA

RHC 83.547/SP — Relator: Ministro Carlos Britto. Recorrente: Luís Fabiano Nascimento Costa ou Luiz Fabiano Nascimento Costa ou Roberto dos Santos (Advogado: PGE/SP – Waldir Francisco Honorato Junior, Defensor Público). Recorrido: Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma conheceu do recurso ordinário em *habeas corpus*, mas lhe negou provimento. Unânime.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 21 de outubro de 2003 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.