

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**ANTECEDENTES CRIMINAIS NA APLICAÇÃO DA PENA
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
Evolução jurisprudencial, argumentos justificadores e princípios penais constitucionais.**

REBECCA ANDRADE DO NASCIMENTO

**Rio de Janeiro
2017/ 1º SEMESTRE**

REBECCA ANDRADE DO NASCIMENTO

**ANTECEDENTES CRIMINAIS NA APLICAÇÃO DA PENA
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
Evolução jurisprudencial, argumentos justificadores e princípios penais constitucionais.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa.**

**Rio de Janeiro
2017/ 1º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

N244a Nascimento, Rebecca Andrade do
Antecedentes criminais na aplicação da pena e o Supremo Tribunal Federal: evolução jurisprudencial, argumentos justificadores e princípios penais constitucionais. / Rebecca Andrade do Nascimento. - Rio de Janeiro, 2017.
84 f.

Orientador: Cezar Augusto Rodrigues Costa.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Antecedentes criminais. 2. Aplicação da pena. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Jurisprudência. 5. Princípios penais constitucionais. I. Costa, Cezar Augusto Rodrigues, orient. II. Título.

CDD 341.5

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

REBECCA ANDRADE DO NASCIMENTO

**ANTECEDENTES CRIMINAIS NA APLICAÇÃO DA PENA
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
Evolução jurisprudencial, argumentos justificadores e princípios penais constitucionais.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, **sob a orientação do Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa.**

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2017/ 1º SEMESTRE**

A Deus, o autor da vida e de tudo que nela há.

Aos meus pais, Antônio Carlos e Cláudia, pelo exercício incondicional do verbo amar.

AGRADECIMENTOS

Uma história é construída a partir de elementos fundamentais que a compõem, de modo a lhe conferir um sentido. Este capítulo da minha vida só pôde ser concluído a partir do auxílio insubstituível de cada ser que me acompanhou ao longo da graduação na Faculdade Nacional de Direito.

Em primeiro lugar, sou grata a Deus por me mostrar, todos os dias, que enquanto existir vida haverá tempo para se sonhar e que nada é impossível para quem Nele crê.

Agradeço aos meus pais, Antônio Carlos e Cláudia, pela atenção, conversas e incentivos dados sob a forma de amor, por serem meus maiores referenciais de caráter, honestidade e dignidade, e por alimentarem em mim a força pra nunca desistir dos meus ideais.

Aos demais familiares, por cada gesto de carinho e compreensão.

A todos os mestres que iluminaram meu saber jurídico, e em especial, aos professores Cezar Augusto Rodrigues Costa e Arnaldo Goldemberg por todo o apoio a minha formação acadêmica e por serem exemplos de ilustres profissionais ricos em humildade e presteza.

Aos amigos que me acompanharam a maior parte dos últimos anos e que em cada atitude e palavra me mostraram que sempre há algo mais a ser aprendido sobre companheirismo e reciprocidade.

“Se consultarmos o coração humano,
achamos nele os princípios fundamentais
do direito do soberano punir os delitos.”
- Cesare Beccaria

RESUMO

A circunstância judicial denominada “antecedentes” é alvo de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais por ser prevista na legislação infraconstitucional como um instituto a ser valorado na primeira fase da aplicação da pena e, com a instauração de uma nova ordem jurídica a partir da Constituição Federal de 1988, haver a necessidade que seus contornos não violem princípios penais fundamentais. Nesse sentido, o papel do Supremo Tribunal Federal em superar a incompletude conceitual dos antecedentes e assegurar a maior proteção às garantias constitucionais dos sentenciados revela-se de extrema importância, principalmente por suas decisões orientarem a atuação dos tribunais de instâncias inferiores. O objetivo do presente trabalho é apresentar os entendimentos firmados pela Suprema Corte no que se relaciona ao conteúdo dos antecedentes, de forma a verificar se os argumentos utilizados são compatíveis com as exigências que se extraem do texto constitucional. Para isso, foi feito um estudo das principais decisões que tangenciam o tema, observando que em 2014 se adotou a tese que inquéritos e ações penais em curso não podem ensejar o aumento de pena a título de maus antecedentes sob o prisma do alcance do princípio da presunção de inocência. Os princípios da igualdade e individualização da pena também foram invocados, o que tornou necessário um estudo acerca dos seus núcleos de proteção. Por fim, ainda que se entenda que este posicionamento figura como correto num Estado Democrático de Direito, a forma de atuação desta Corte não confere a segurança jurídica quanto à manutenção do entendimento e ainda que os antecedentes continuem vinculados à existência do trânsito em julgado das sentenças condenatórias, chega-se à conclusão que os seus efeitos devem ser limitados no tempo, sob a ótica do princípio da limitação das penas, que veda a sanção criminal com caráter perpétuo.

Palavras-chave: aplicação da pena; antecedentes; Supremo Tribunal Federal; jurisprudência; princípios penais constitucionais.

ABSTRACT

The judicial circumstance known as “criminal records” is submitted to controversial and jurisprudential doctrines, because it is foreseen in the infra-constitutional legislation as an institute to be valued in the first phase of the application of the penalty, with the establishment of a new legal order from the Federal Constitution of 1988, and there is a need to its contours not violate fundamental criminal principles. In this sense, the role of the Federal Supreme Court in overcoming the conceptual gap of the criminal records and provide greater protection to the constitutional guarantees of sentenced persons is very important, mainly because their decisions guide lower courts. The purpose of this paper is to present the understandings consolidated by the Supreme Court regarding the criminal records in order to verify if the arguments used are compatible with the requirements that are extracted from the Constitution. To this end, a study of the main decisions about the theme was made, observing that in 2014 it was adopted the thesis that inquiries and criminal actions in course can not provoke the increase of penalty by means of bad records under the prism of the principle of the presumption of innocence. The principles of equality and individualization of penalty were also cited, which made it necessary to study their cores of protection. Finally, even if it is understood that this position is correct in a Democratic Rule of Law, the Court's way of acting does confer legal certainty to the maintenance of the understanding and even if the criminal records remain bound to the existence of the final decision of the judgments convictions, it is concluded that their effects must be limited in time, from the point of view of the principle of limitation of penalties, which prohibits perpetual criminal sanctions.

Keywords: application of penalty; criminal records; Federal Supreme Court; jurisprudence; criminal constitutional principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 UMA ANÁLISE DOS ANTECEDENTES SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	12
1.1 Evolução jurisprudencial e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054.....	12
1.2 O julgamento conjunto dos HC 94.620/MS e HC 94.680/SP: o anúncio da mudança de entendimento do Plenário	37
1.3 Dia 17 de fevereiro de 2016: a alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance da presunção de inocência	40
2 OS ANTECEDENTES À LUZ DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PENAIIS FUNDAMENTAIS	48
2.1 Princípio da igualdade	51
2.2 Princípio da individualização da pena	55
2.3 Princípio da presunção de inocência	62
2.3.1 <i>Uma consideração dos antecedentes fundamentada nos princípios da presunção de inocência e da limitação das penas</i>	69
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

O artigo 59 do Código Penal determina que o juiz ao realizar a quantificação da pena deverá atender à culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Esses fatores são denominados de “circunstâncias judiciais” cujas valorações são atribuídas pelo juiz no momento que realiza a individualização da pena.

Segundo o dicionário da língua portuguesa, a palavra antecedente significa o “que antecede”, “acontecimentos anteriores” e, mais especificamente “modo de viver anterior de um acusado”¹. Embora o significado apresentado seja simples, o estudo dos antecedentes prescinde uma análise complexa diante das controvérsias que sempre existiram nos campos doutrinário e jurisprudencial em relação a sua definição para fim de aumento de pena, pelo fato da lei não apresentar uma conceituação precisa desta circunstância.

Ressalva-se que não é qualquer fato da vida passada do réu que pode ser tido como antecedente. Este só pode existir diante da prática anterior de uma conduta que seja tipificada como crime. Uma vez cometida determinada infração penal reconhecida no ordenamento jurídico, o sujeito ativo será submetido ao registro criminal. A problemática se desenvolve a partir do questionamento, à luz do texto constitucional, de quais fatos delituosos registrados podem ser considerados como maus antecedentes, já que somente estes têm o condão de ensejar o aumento da pena-base. Isso porque a lei penal que os prevê é anterior à ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, tornando-se imprescindível que os aplicadores do direito a interpretem de forma que sejam assegurados os preceitos constitucionais que protegem a esfera de direitos dos indivíduos.

Nesse sentido, revela-se de extrema importância a função exercida pelo Supremo Tribunal Federal de superar as incongruências ou lacunas dos institutos estabelecidos infraconstitucionalmente, através de um processo hermenêutico cujo parâmetro não seja outro senão a Carta Magna devido à posição de superioridade que ocupa na hierarquia normativa do sistema jurídico brasileiro. Destaca-se que no desempenho desta tarefa, a atuação desta Corte deve se direcionar a um caminho que assegure a máxima efetividade dos princípios e

¹ DICIONÁRIO DO AURÉLIO. Significado de Antecedente. Publicado em 24-09-2916, revisado em 27-02-2017. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/antecedente>>. Acesso em: 03 jun. 2017

garantias fundamentais, e quando se trata de matéria penal, este compromisso não pode ser esvaziado em prol de políticas que visem à superação de deficiências da justiça criminal ou de outros motivos que não sejam determinados pela própria Constituição.

O objetivo do presente trabalho é apresentar como o Supremo Tribunal Federal tem delimitado o alcance dos antecedentes e verificar se os argumentos utilizados, bem como os entendimentos construídos, são compatíveis com as exigências extraídas da Constituição Federal de 1988. A investigação dos fundamentos das decisões da Suprema Corte é importante não só para se obter uma conclusão acerca da abrangência a ser dada ao instituto de forma que seja legítima sob a ótica constitucional, mas também para a reflexão dos fatores que corroboram para a tomada de decisões diante de casos que envolvam a disciplina penal e princípios e garantias fundamentais.

Para isso, o primeiro capítulo da pesquisa destina-se a uma apresentação da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao conceito de maus antecedentes até chegar ao entendimento consolidado em 2014 de que somente as sentenças condenatórias transitadas em julgado podem ser objeto de valoração para exasperação da pena. Nesta parte será estudado o mérito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054, que firmou esta tese em sede de repercussão geral, e dos julgamentos subsequentes ocorridos nos anos de 2015 e 2016 que se revelam pertinentes à temática.

Já o segundo capítulo orienta-se no sentido de compreender os desdobramentos dos princípios penais extraídos dos julgamentos da Suprema Corte num Estado Democrático de Direito, enfatizando que o intuito desta produção acadêmica não é defender a manutenção ou eliminação dos antecedentes criminais do ordenamento jurídico pátrio, mas contribuir para a reflexão sobre as possibilidades de delimitação conceitual dos antecedentes de forma a obter uma conclusão que não enseje, ou ainda minimize, a existência de inconstitucionalidades.

1 UMA ANÁLISE DOS ANTECEDENTES SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1.1 Evolução jurisprudencial e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054

Durante bastante tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de ser idôneo o aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena com fundamento em inquéritos policiais e processos criminais em curso identificados no registro criminal dos acusados. Trata-se de uma interpretação dada sobre o limite da circunstância judicial denominada “antecedentes”, prevista no artigo 59 do Código Penal², de forma a delimitar o alcance dos “maus antecedentes” para fim de exasperação da pena.

Seguem alguns julgados que demonstram a adoção desta lógica, destacando-se que os fundamentos jurídicos para sustentá-la seriam a não violação do princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, e a necessidade de respeito ao princípio da individualização da pena, esculpido no inciso XLVI do mesmo dispositivo³:

EMENTA: "*HABEAS CORPUS*". Suspensão condicional da pena. Indeferimento. Acusado primário, mas que responde a processo por roubo em outra comarca. Requisitos objetivos e subjetivos. Art. 77 do CP. Nulidade. Princípio da presunção de inocência, art. 5., LVII, da CF. O exame dos antecedentes e da personalidade do paciente autoriza, sem ofensa a critério legal, a denegação do "sursis". Ausência dos pressupostos subjetivos. Descabe o "*habeas corpus*" para rediscutir as circunstâncias de fato que conduziram aquela conclusão. Não se pode admitir que a presunção de inocência atue como uma barreira impeditiva do exame de circunstâncias indispensáveis a individualização da pena, que também tem assento na Constituição, art. 5., XLVI. O exame dos antecedentes reside na esfera da discricionariedade própria do juiz. Este, na apreciação das informações sobre a vida progressa do réu, decidira sobre a necessidade de um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta criminosa, tendo em vista a capacidade virtual do réu para delinquir. Mesmo em se tratando de réu primário e sujeito a pena de prisão por prazo não superior aos limites legais - condição objetiva -, não esta o magistrado obrigado a fixar, desde logo, o regime penal mais brando ou a conceder o "sursis". Tal opção constitui faculdade do julgador sentenciante, se preenchidos igualmente os

² Código Penal, Art. 59. “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

³ Constituição Federal, Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

requisitos subjetivos. Precedentes do STF: HC 67.641, HC 68.111, HC 68.423, HC 69.800, RHC 64.193, RHC 65.127, RHC 63.985, HC 63.463, RHC 65.040, HC 60.087, RHC 59.296, HC 60.090. Não é possível, em sede de "*habeas corpus*", discutir as condições pessoais do sentenciado, pendente como se faz a decisão de exame de fatos e provas. Jurisprudência do STF: HC 71.363, HC 66.253, HC 65.668, HC 64.218, HC 61.170. Pedido conhecido, mas indeferida a ordem de "*habeas corpus*".

(HC 70871, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 11/10/1994, DJ 25-11-1994)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA QUE TERIA FIXADO A PENA SEM OBSERVANCIA DOS DITAMES LEGAIS. Alegação improcedente. Pequena exacerbação na aplicação da pena que se acha justificada nos maus antecedentes do paciente, revelados por condenações penais anteriores e pelo seu envolvimento em mais de 25 inquéritos policiais. *Habeas corpus* indeferido. (HC 72093, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 14/02/1995, DJ 31-03-1995)

EMENTA: "*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido.

(HC 73394, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 19/03/1996, DJ 21-03-1997)

EMENTA: "*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. - Fixação da pena, retirado o acréscimo decorrente da reincidência inexistente. *Habeas corpus* deferido em parte para reduzir a pena cominada ao ora paciente a 1 (hum) ano de reclusão, devendo o Tribunal a quo manifestar-se fundamentadamente sobre o regime de execução da pena e sobre a concessão, ou não, do *sursis*. (HC 74967, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 08/04/1997, DJ 30-05-1997)

Apesar do posicionamento prevalecer nas decisões das turmas que ora compunham a Suprema Corte ao longo da década de 90, já se podiam encontrar ministros que se opunham à tese. Observa-se a seguinte manifestação do ministro Celso de Mello no julgamento do *Habeas Corpus* 68.641/DF em 1991:

O código Penal, ao definir em seu art.59 as circunstâncias judiciais que deverão orientar o magistrado na fixação da pena-base, manda considerar, dentre outros elementos, os antecedentes do réu.

O ato judicial de fixação da pena não poderá, no entanto, emprestar relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido, o réu, submetido a procedimento penal-persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal.

A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais ou a persecuções criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio

constitucional consagrador da presunção de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII).⁴

Da mesma forma, o ministro Marco Aurélio era contrário ao entendimento que até então vinha se consolidando no Supremo Tribunal Federal, porém seu voto representava minoria, assim como o do ministro Celso de Mello, restando vencido diante dos julgamentos realizados pela turma que ora pertencia. Cita-se a ementa de uma decisão da 2ª Turma em 1998, que indeferiu a parte conhecida do pedido, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio que o deferia parcialmente para anular a sentença e o acórdão no que concernia à fixação da pena e determinava que outra decisão fosse proferida sem considerar a existência de outros processos para os efeitos de se estabelecer a pena-base:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIMES DE ROUBO E QUADRILHA. NULIDADES ALEGADAS: NÃO AVOCÇÃO DE PROCESSO EM FACE DE COMPETÊNCIA POR CONEXÃO, EXISTÊNCIA DE DOIS PROCESSOS PELO MESMO CRIME DE QUADRILHA, PENA AGRAVADA POR MAUS ANTECEDENTES DERIVADOS DE CRIME CONTINUADO E CERCEAMENTO DE DEFESA POR PROVA TESTEMUNHAL RELATIVA A OUTRO FATO.

1. Preliminar. Competência: crime de quadrilha. O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar habeas-corpus nos limites das questões decididas pelo Tribunal de Justiça no julgamento de apelação (CF, art. 102, I, i); não é competente quando o ato de coação emana de Juiz de Direito, caso em que a competência é do Tribunal de Justiça.

2. Mérito. a) Embora se possa cogitar, em tese, de competência por conexão quanto aos crimes de roubo, não mais cabe a avocação do processo (CPP, art. 82, primeira parte) porque um deles já tem decisão trãnsita em julgado; neste caso, a unidade dos processos só se dará, posteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas (*idem*, segunda parte). b) Os antecedentes do réu devem ser levados em conta na aplicação da pena-base (CP, art. 59), diferentemente da reincidência, que é considerada na segunda fase do critério trifásico como circunstância agravante (CP, art. 61, I). O envolvimento do réu em inquéritos policiais e em ações penais influem, em princípio, na avaliação dos seus antecedentes para efeito de aplicação da pena-base, desde que em decisão devidamente fundamentada. Precedentes.c) Não ocorre cerceamento de defesa quanto à eventual nulidade de uma prova quando a condenação está suficientemente fundada em outras provas produzidas.

3. Habeas-corpus conhecido, em parte, e, nesta parte, indeferido.

(HC 77081, Relator(a): Min. Maurício Cõrrea, julgado em 29/10/1998, DJ 11-12-1998)

À medida que a composição do Tribunal foi sendo renovada, o entendimento começou a ser superado. Em 2002, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.974/SP⁵, de relatoria do

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* nº 68.641/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 05/11/1991, DJ 05-06-1992, p. 8-9.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. *Habeas corpus*. 2. Superior Tribunal de Justiça. 3. Processos e inquéritos em andamento. Possibilidade de consideração a título de maus antecedentes. Precedentes. Ressalva de uma melhor análise da matéria. 4. Habeas corpus indeferido., Relator: Min. CELSO DE MELLO, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/10/2002, DJ 13-02-2004.

Ministro Celso de Mello, sendo o ministro Gilmar Mendes designado para elaboração do acórdão, aventou-se a possibilidade da posição adotada pelo Tribunal ser revista e, em 2005, apesar de não ter ocorrido mudança quanto à orientação, esta foi flexibilizada na apreciação do *Habeas Corpus* nº 84.088/MS⁶, pelo fato do ministro Joaquim Barbosa ter feito a sugestão que a análise quanto à possibilidade de inquéritos e processos em andamento serem ou não considerados como antecedentes, para fim de agravamento da pena, viesse a ocorrer diante de cada caso concreto.

Atenta-se que esta proposta se deu numa esfera em que as duas turmas do Supremo Tribunal Federal adotavam orientações diversas quanto ao tema. Ocorre que a 1ª turma passou a se manifestar pela impossibilidade de consideração de “maus antecedentes” nos casos de mera existência de inquéritos policiais ou de tramitação de ações penais. Vejam-se os julgados do ano de 2003:

EMENTA: 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 QÜINQUÊNAL 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 uma 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. (RHC 83547, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003, DJ 14-11-2003)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGADA

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Não fixação do regime semi-aberto. Violação do princípio da presunção de inocência. Não ocorrência. O simples fato de existirem ações penais ou mesmo inquéritos policiais em curso contra o paciente não induz, automaticamente, à conclusão de que este possui maus antecedentes. A análise do caso concreto pelo julgador determinará se a existência de diversos procedimentos criminais autoriza o reconhecimento de maus antecedentes. Precedentes da Segunda Turma. O fato de a autoridade sentenciante não ter levado em conta os maus antecedentes ao fixar a pena-base, na verdade, beneficiou o paciente, de sorte que não há razão para inconformismo, quanto a esse aspecto. Habeas corpus indeferido, HC 84.088, Relator: Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 20-04-2007.

NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o conseqüente aumento da pena-base. Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais. (RHC 83493, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 13-02-2004)

Em contrapartida, a 2ª turma que entendia pela possibilidade passou a adotar outro posicionamento, o que pode ser averiguado pelas ementas correlacionadas a seguir:

EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INQUÉRITOS. ANTECEDENTES CRIMINAIS. EXASPERAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PRESUMIDA. 1. Folha criminal: existência de inquéritos e procedimentos por desacato e receptação. Maus antecedentes. Exasperação da pena. 2. Compreende-se no poder discricionário do juiz a avaliação, para efeito de exacerbação da pena, a existência de inquéritos sobre o mesmo fato imputado e outros procedimentos relativos a desacato e receptação, que caracterizem maus antecedentes. 3. Dentre as circunstâncias previstas na lei penal (CP, artigo 59) para a fixação da pena incluem-se aqueles pertinentes aos antecedentes criminais do agente, não se constituindo o seu aumento violação ao princípio da inocência presumida (CF, artigo 5º, LVII). Habeas-corpus indeferido.

(HC 81759, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/03/2002, DJ 29-08-2003 PP-00035 EMENT VOL-02121-16 PP-03234)

“PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - "RES FURTIVA" (UM SIMPLES BONÉ) NO VALOR DE R\$ 10,00 - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIS AINDA EM CURSO - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão

significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. A MERA EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES POLICIAIS (OU DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO) NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA JUSTIFICAR O RECONHECIMENTO DE QUE O RÉU NÃO POSSUI BONS ANTECEDENTES. - A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que ausente condenação penal irreversível - além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes -, também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do "status poenalis" do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República.

(HC 84687, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/10/2004, DJ 27-10-2006)

Destaca-se que o conflito não se restringia ao campo jurisprudencial, podendo ser constatado com os mesmos reflexos na dogmática penal brasileira. Várias eram as posições adotadas sobre os fatos da vida passada do agente que poderiam configurar antecedentes criminais e, até hoje, podem ser encontradas divergências quanto ao tema. Dentre as correntes mais extremas, encontrava-se Cezar Bitencourt (2004, p.212) que defendia:

Admitir certos atos ou fatos como antecedentes negativos não significa uma "condenação" ou simplesmente uma violação do princípio constitucional de "presunção de inocência", como alguns doutrinadores e parte da jurisprudência têm entendido. Não nos parece a melhor corrente, embora respeitável, o entendimento de que "inquéritos instaurados e processos criminais em andamento", "absoluções por insuficiência de provas", "prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes" não podem ser considerados como "maus antecedentes", porque violaria a presunção de inocência. Com efeito, ao serem admitidos como antecedentes negativos, não encerram novo juízo de censura, isto é, não implicam condenação; caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como "maus antecedentes" representaria uma nova condenação, o que é inadmissível. A persistir esse entendimento mais liberal, restariam como maus antecedentes somente as condenações criminais que não constituam reincidência. E, se essa fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se "aos antecedentes", ter-se-ia referido "às condenações anteriores irreversíveis".

Salo de Carvalho, no entanto, elevava a discussão para além do enfoque do princípio constitucional da presunção de inocência na análise dos antecedentes criminais, alertando que o instituto deveria ser estudado sob a ótica do princípio da racionalidade e da humanidade das penas, porque além de permitirem uma graduação à pena através do histórico de vida do acusado, os antecedentes representam um "gravame penalógico eternizado"⁷.

⁷ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação de pena e garantismo*. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 51-52.

Faz-se apenas um adendo para esclarecer que, à época, já havia uma defesa por parte da doutrina sobre a necessidade da existência de limitação temporal para os efeitos dos antecedentes na valoração da pena. A crítica, que ainda persiste e encontra-se pendente de análise no Supremo Tribunal Federal, pauta-se no caráter de perpetuidade dos antecedentes, pois mesmo que adotada a idéia de que só as condenações penais transitadas em julgado possam dar ensejo ao aumento da pena-base, permitir que as mesmas sejam consideradas como antecedentes quando inaptas a configurarem a reincidência, segundo os termos do art. 64, I, do Código Penal, representa uma violação ao princípio constitucional da vedação das penas perpétuas.

Ultrapassada essa breve verificação dogmática, sublinhe-se que a divergência presente no Supremo Tribunal Federal permanecia com o decorrer dos anos. Em 2007, na apreciação do AI 604041 AgR/RS, a 1ª Turma adotou entendimento contrário à forma que vinha se posicionando, manifestando-se no sentido que “inquéritos policiais e ações penais em andamento, desde que devidamente fundamentados, poderiam configurar maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isso, restasse ofendido o princípio da presunção de não culpabilidade.”⁸

Nesse julgamento, chama atenção que dentre os precedentes citados pelo ministro relator Ricardo Lewandowski para fundamentar seu voto, o qual foi seguido de forma unânime, encontram-se julgados da década de 90 cujo raciocínio já havia sido superado pela 1ª turma, conforme exposto anteriormente.⁹

Em 2010, o ministro Gilmar Mendes ao relatar o HC 96190/DF, sob apreciação da 2ª Turma, utilizou-se das lições do ministro Celso de Mello extraídas do julgamento do HC 84687/MS para afirmar que:

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no AI 604041 AgR/RS*. Relator (a): Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03.08.2017, DJ 31/8/2007.

⁹ Destacam-se os seguintes precedentes: RE 211207, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 18/11/1997, DJ 06-03-1998; HC 74967, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 08/04/1997, DJ 30-05-1997; HC 73297, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 16-08-1996; HC 68290, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16/10/1990, DJ 16-11-1990.

A mera existência de inquéritos ou de ações penais em andamento não pode ser considerada como caracterizadora de maus antecedentes sob pena de violar-se o princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art, 5º, LVII).

É que o princípio da presunção da inocência tem a função dogmático constitucional de impedir que o indivíduo sofra prejuízo em razão da existência de uma investigação ou de um processo criminal ainda não transitado em julgado.¹⁰

Importante mencionar que em 13 de maio de 2010, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula nº 444, com o seguinte teor: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”¹¹

Já em 2011, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da Ministra Carmem Lúcia, por unanimidade, concedeu ordem de ofício para reduzir a pena do paciente ao mínimo legal, sob o argumento que somente a partir da condenação penal transitada em julgado a exacerbação da pena poderia ser justificada, pois até este momento a presunção *juris tantum* de não culpabilidade do réu estaria caracterizada.¹²

Válido consignar que a mudança de entendimento da matéria ocorreu não só nas turmas da Suprema Corte, mas também na doutrina. Se outrora Cezar Bitencourt (2004) não considerava ser a “melhor corrente” a que acreditava ser incabível que inquéritos e processos

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 96190*, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/06/2010, DJe 03-09-2010, p. 5.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 444*, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13-05-2010.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Direito Penal e Processual Penal. decisão indeferitória de liminar do Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula nº 691 do STF. Injustificada exacerbação da pena com base na mera existência de processo penal ainda em curso. Ausência de condenação penal irrecorrível. Princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). Redução da pena ordenada. Hipótese de concessão da ordem de ofício. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de habeas corpus, nas causas de sua competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza impetrada ao Tribunal Superior antes do julgamento definitivo do writ. Esse entendimento está representado na Súmula nº 691/ STF, segundo a qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do Relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. 2. O princípio constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política, não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes. 3. Concede-se a ordem de ofício para reduzir-se a pena do ora paciente ao seu mínimo legal (quatro anos de reclusão), determinando-se, conseqüentemente, ao Juízo responsável pela execução da pena que reexamine o regime prisional adotado e imponha aquele que seja adequado à espécie, considerando, inclusive, a possibilidade de se aplicar ao caso o art. 44 do Código, HC 106157, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 15/03/2011, DJe 27-05-2011.

criminais em andamento pudessem ser considerados como maus antecedentes, em sua obra do ano de 2012 pôde se encontrar a adoção de um novo pensamento a respeito do tema, nos seguintes termos:

[...] embora tenha sido válido ao seu tempo, hoje, em um Estado Democrático de Direito, é insustentável aquele entendimento de Nélson Hungria, segundo o qual também devem ser apreciados como antecedentes penais os “processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade antes da sentença final irrecorrível, inquéritos arquivados por causas impeditivas da ação penal, condenações ainda não passadas em julgado (...), processos em andamento, até mesmo absolvições anteriores por deficiência de prova”.

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional e ‘constitucionalizando o Direito Penal’, somente podem ser valoradas como ‘maus antecedentes’ decisões condenatórias irrecorríveis”. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes”.¹³

Até que em 17 de dezembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Recurso Extraordinário (RE) nº 591.054/SC, com repercussão geral, firmou a seguinte tese: “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena”¹⁴. À época do julgamento, segundo dados fornecido pelo próprio Tribunal, havia pelo menos 73 processos em que o entendimento firmado deveria ser aplicado¹⁵.

O objeto que se impôs ao Supremo foi o esclarecimento se inquéritos e ações penais em andamento configurariam antecedentes para efeito de fixação da pena-base na dosimetria da pena, sob a perspectiva do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal¹⁶, que consagra a garantia de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, I. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.755.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, DJe 26-02-2015.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. *STF decide que processos penais em curso não podem ser considerados maus antecedentes*. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282183&caixaBusca=N>>. Acesso em: 04 abr. 2017

¹⁶ Constituição Federal, Art.5º. “[...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”.

O caso concreto submetido a julgamento tratava de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado que, de forma unânime, deu provimento parcial à apelação interposta pelo réu, para reduzir as penas a ele atribuídas pela autoria dos crimes previstos nos artigos 306 e 311 do Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/1997¹⁷, os quais tipificam as condutas de dirigir embriagado e acima de velocidade permitida, respectivamente. Segue a ementa do acórdão recorrido:

DELITOS DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CONDUÇÃO EM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL - PLEITO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS - TRANSAÇÃO PENAL - APELANTE QUE DELA JÁ FOI BENEFICIADO EM PERÍODO INFERIOR A 05 (CINCO) ANOS - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - REQUISITOS DO ART. 89 DO REFERIDO DIPLOMA NÃO PREENCHIDOS - PROCESSOS EM ANDAMENTO QUE INVIABILIZAM A SUA PROPOSTA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SOB ALEGAÇÃO DE ESTAR PROVADA A INEXISTÊNCIA DO FATO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA PATENTEADAS - DECLARAÇÃO DE TESTEMUNHAS UNÍSSONAS EM APONTAR TANTO A EBRIEDADE DO AGENTE QUANTO A EXCESSIVA VELOCIDADE EMPREENHIDA EXPONDO A SEGURANÇA DA COLETIVIDADE EM RISCO POTENCIAL - AMPARO NOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE FORNECE A CERTEZA MORAL NECESSÁRIA À MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO.

DOSIMETRIA - PENA BASE - ALMEJADA REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL - EQUÍVOCO NA AVALIAÇÃO DOS VETORES DO ART. 59 DO CP - PROCESSOS CRIMINAIS EM ANDAMENTO QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS COMO MAUS ANTECEDENTES POR AFRONTAR O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, INCISO LVII, DA “CARTA DA PRIMAVERA”) - ALTERAÇÃO QUE SE IMPÕE.

SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO - OBRIGATORIEDADE DE FIXAÇÃO DO PRAZO NO PATAMAR MAIS RASO, EM CONSONÂNCIA COM A PROPORCIONALIDADE DA DETENÇÃO IMPOSTA NA PRIMEIRA FASE DA DOSAGEM.

REPRIMENDA REMANESCENTE DE 01 (UM) ANO DE DETENÇÃO EM CONCURSO MATERIAL - AFASTAMENTO DE UMA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS IRROGADAS NA DECISÃO - INTELIGÊNCIA DO §2º DO ART. 44 DO ESTATUTO REPRESSIVO.

REGIME - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - IMPOSIÇÃO DE 01 (UM) ANO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE - ASPECTOS QUE REVELAM QUE O SISTEMA ABERTO É O MAIS ADEQUADO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO CRIMINAL - ALTERAÇÃO EX OFFICIO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, DJ 26/02/2015)

¹⁷ Código de Trânsito Brasileiro, Art. 306, *caput*. “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”; Art. 311, *caput*. “Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano”.

O recurso de apelação interposto pelo réu fundamentou-se no sentido que o Juízo da Vara Única da Comarca de Quilombo errou o cômputo da pena ao condená-lo a um ano e dois meses de detenção, pois, apesar da certificação dos antecedentes criminais apontar a existência de procedimentos penais em curso, uma vez desconsideradas as hipóteses de absolvição e concessão dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/95, o acusado deveria ter ao menos a pena reduzida para o mínimo legal, bem como a exclusão da prestação pecuniária, pela ausência de critérios na sua aplicação.

O Tribunal do Estado de Santa Catarina ao apreciar o recurso adotou o entendimento que o pleito de redução da pena-base deveria ser acolhido, não sendo possível considerar processos criminais em andamento como maus antecedentes criminais por afronta ao princípio da presunção de inocência esculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Apesar do Tribunal de Justiça do Estado demonstrar a impossibilidade dos maus antecedentes serem aplicados no caso concreto para exacerbar a pena, tendo por base somente a existência de anotações na ficha criminal do acusado sem haver condenação, aventou-se que tal fato poderia ter sido utilizado como conduta social inadequada. Entretanto, esta circunstância judicial não pôde ser concretizada no feito, pois o sentenciante já havia a abonado, e adotar comportamento diverso ensejaria em *reformartio in pejus*, a qual é vedada no ordenamento jurídico pátrio.

Embora esta não seja a análise principal do presente trabalho, é necessário esclarecer que os antecedentes criminais não podem, em hipótese alguma, ser confundidos com a conduta social.

Neste sentido, Rogério Greco ensina na edição do seu livro de 2011 (p. 555):

Importante salientar que a conduta social não se confunde com os antecedentes penais, razão pela qual determinou a lei e as suas análises em momentos distintos. Alguns intérpretes, procurando *permissa vènia*, distorcer a finalidade da expressão conduta social, procura fazê-la de “vala comum” nos casos em que não se conseguem valer dos antecedentes penais do agente para que possam elevar a pena-base. Afirmam alguns que se as anotações na folha de antecedentes criminais, tais como inquéritos policiais ou processos em andamento, não servirem para atestar os maus antecedentes do réu, poderão ser aproveitadas para fins de aferição de conduta social. Mais uma vez, acreditamos tentar-se fugir às finalidades da lei. Os antecedentes traduzem o passado criminal do agente; a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais. Assim, se inquéritos em andamento não

poderão servir para fins de verificação de maus antecedentes, da mesma forma não se prestarão para efeitos de aferição de conduta social. Pode acontecer, até mesmo, que alguém tenha péssimos antecedentes criminais, mas por outro lado, seja uma pessoa voltada à caridade, com comportamentos filantrópicos e sociais invejáveis.

Importa salientar que a confusão recorrente entre antecedentes criminais e conduta social cometida pelos tribunais do país, sendo inclusive argumentada em pronúncia de voto no julgamento do RE 591.054, tem sido enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido que se tratam de circunstâncias diversas, referindo-se esta à forma como o agente se comporta em seu meio social.¹⁸

Diante do parcial provimento do recurso da defesa, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs o Recurso Extraordinário, com fulcro no artigo 102, III, alínea “a”, da Constituição da República, sob o fundamento que a decisão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça contrariou o artigo 5º, LVII, da Constituição da República e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ao apresentar o debate da questão constitucional como dotado de relevância jurídica suficiente para o recurso ser conhecido, o Promotor asseverou que a presunção de não-culpabilidade seria uma garantia constitucional fundamental que teria lugar tão somente na instrução penal e não na dosimetria da pena, citando que, embora parte dos doutrinadores e da jurisprudência entendesse que inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, bem como absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas, intercorrentes, não poderiam ser considerados como maus antecedentes, considerar determinados atos ou fatos como antecedentes negativos não configurava violação ao preceito constitucional.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. FUNDAMENTO PARA DESVALORAR OS MAUS ANTECEDENTES E A CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INADEQUADA. 1. A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido, RHC 130132, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 24-05-2016.

Por oportuno, cabe apenas assinalar que podem ser verificadas as seguintes nomenclaturas para se fazer referência ao postulado constitucional em análise: princípio da presunção de inocência e princípio da presunção de não culpabilidade. Embora ambas sejam reconhecidas, entende-se que o termo “presunção de não culpabilidade” não é o mais adequado, pois revela certa tendência de se atribuir menor importância ao princípio, sendo mais apropriada a utilização da outra denominação.

Um dos argumentos apresentados pelo Ministério Público, no recurso extraordinário ora em análise, baseou-se no sentido que seria possível entender que os efeitos criminais decorrentes de procedimentos persecutórios são aptos a permitir a avaliação dos maus antecedentes do réu, ainda que inexistente o título condenatório, a partir da própria redação do dispositivo constitucional. O raciocínio parte da premissa que não se estaria avaliando uma culpa decorrente de condenação, como acontece no reconhecimento da reincidência, mas tão somente se estaria avaliando uma circunstância que se relaciona à vida *ante acta* do agente, que não pode ser ignorada em razão do princípio da igualdade.¹⁹

Aduziu ainda que a dimensão da interpretação dada pelo Tribunal de Justiça ao princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) não se projetaria na fase processual da dosimetria da pena, por não se tratar de um “princípio apriorístico e inflexível”²⁰, devendo sua análise ser feita caso a caso, de modo a permitir variações em sua interpretação.

A repercussão geral foi reconhecida diante da necessidade de ser pacificado o entendimento sobre o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que na primeira fase da dosimetria da pena, identificadas as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive do próprio Supremo, apresentavam variações quanto à abrangência dos antecedentes.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. *Parecer MPF/PGR nº10567 no Processo eletrônico RE 591.054/SC*, de 01 de outubro de 2007, vol. 1, p.196-208. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2631969>>. Acesso em: 10 abr. 2017

²⁰ *Ibid.*, p. 203.

No parecer do Ministério Público Federal (MPF/PGR N°10567), foi adotado o entendimento que a impossibilidade de considerar como “maus antecedentes” inquéritos penais em curso, condenações não transitadas em julgado ou condenações já transitadas em julgado, mas que não configurem reincidência, representava uma afronta ao sentido do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Afirmou-se que para chegar a essa conclusão, o ponto de partida foi um estudo do alcance do princípio da presunção de inocência para delimitar o que poderia ser considerado como “maus antecedentes”, e não o contrário, ou seja, delimitar o que seriam “maus antecedentes” para definir o significado do preceito constitucional. Destaca-se o seguinte trecho da manifestação:

Assim, o intérprete da lei deve ter em mente que o princípio da presunção de inocência, sendo um dos princípios da ordem constitucional, coexiste com muitos outros, de igual importância, e que estão espalhados pelo texto, exigindo uma interpretação que vise a harmonia entre eles, de maneira que, ao ser tomado como alicerce para determinado posicionamento, não poderá o intérprete da lei ouvir-se dos demais.

Com efeito tem-se, como orientação basilar da hermenêutica constitucional, o princípio da unidade da Constituição, cujo papel é reconhecer eventuais contradições e tensões entre as normas constitucionais e delimitar o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, harmonizar ou otimizar as normas, produzido-se um equilíbrio, sem jamais negar por completo, a eficácia de qualquer delas.

Partindo-se, então, da relatividade dos princípios, haja vista que conferir-lhes caráter absoluto afastaria a possibilidade de qualquer técnica de ponderação entre eles, frisa-se o caráter relativo do princípio da presunção de inocência, o que nada fere o Estado Democrático e suas garantias aos cidadãos [...].

É certo que a presunção de inocência implica a adoção de regras de julgamento, com a máxima *in dubio pro reo*, em caso de dúvidas, e a atribuição do ônus da prova ao órgão acusatório. Implica, também em garantia de tratamento condigno, desautorizando prisões cautelares despidas de devida fundamentação. É, sobretudo, uma garantia política, na medida em que assegura, ao cidadão, o seu estado de inocência, somente podendo ser alterado mediante o devido processo legal. Quanto a isto, nada a dizer em contrário, pois sobre estas premissas se assenta a garantia em foco.

Não se extrai destas premissas, no entanto, qualquer vedação à consideração de circunstâncias que desabonem o *modus vivendi* do réu. Eis o objeto do presente recurso.²¹

Ora, a partir dessas considerações percebe-se que o raciocínio afirmado como o adotado para justificar a tese escolhida revelou-se falacioso, pois há uma quebra lógica entre as premissas e conclusão. Partindo-se do alcance do princípio da presunção de inocência, que se

²¹ Supremo Tribunal Federal. *Parecer MPF/PGR n°10567 no Processo eletrônico RE 591.054/SC*, de 10 de dezembro de 2008. vol. 1, p.263-265. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2631969>>. Acesso em: 10 abr. 2017

impõe como um limite ao poder punitivo do Estado, bem como um verdadeiro dever de tratamento do indivíduo durante todo o processo penal, enquanto não comprovada completamente a culpabilidade diante de um ilícito, não teria como se concluir que este não deve ser observado no momento da dosimetria da pena quando averiguado os antecedentes criminais. Imputar uma pena maior ao acusado por uma situação que sequer resta comprovada não parece ser a forma mais adequada de se considerar alguém no estado de inocência.

Ademais, ao ser feita a correlação ao *modus vivendi* do réu, se está claramente permitindo que os antecedentes criminais abarquem todo o passado do agente, o seu comportamento na sociedade, o que de fato não pode acontecer. Conforme já demonstrado anteriormente, desde a reforma da parte geral do Código Penal de 1984, os antecedentes não podem ser confundidos com a conduta social. Esta circunstância passou a ter configuração própria, voltando-se para o modo de agir do indivíduo no meio familiar, ambiente de trabalho e relacionamento com outros indivíduos.

O interessante é que no parecer defende-se que o texto constitucional, além de prever o *ius puniendi* do Estado, também prevê os princípios da individualização da pena e da igualdade, de modo a possibilitar que no momento da sentença sejam sopesados os fatos da vida do agente, a fim de que ocorra uma diferenciação no cálculo da pena, pois não seria razoável a ordem jurídica atribuir ao sujeito que tem vários registros criminais o mesmo tratamento ao que não os possui. Neste sentido:

Registros criminais, quer inquéritos ou ações penais em curso, são realidades passíveis de serem valoradas, pois sinalizam um modo de vida alheio ao ordenamento jurídico. E tal circunstância não deve ser ignorada, como se fosse um nada jurídico.

Se ao juiz é dado, para melhor individualizar a pena, até mesmo perscrutar circunstâncias de natureza subjetiva, como a personalidade do agente e as suas motivações quando da prática do fato, não há razão para que se lhe proíba ponderar elementos de ordem objetiva, tais como a existência de registros criminais, inquéritos ou ações penais em curso ou condenações ainda não transitadas em julgado, tudo isto inscrito sob o vocábulo “antecedentes”.

Daí dizer-se que ao termo “antecedentes” pouco trabalho hermenêutico resta, uma vez traçados os limites do princípio da presunção de inocência, devendo-se tomar como antecedente tudo aquilo que antecede ao fato criminoso (a denominada vida *ante acta* do réu) e que já não tenha sido valorado com a agravante da reincidência, a fim de que não se incorra em dupla valoração das mesmas circunstâncias (*bis in idem*).²²

²² Supremo Tribunal Federal. *Parecer MPF/PGR nº10567 no Processo eletrônico RE 591.054/SC*, de 10 de dezembro de 2008. vol. 1, p.266-267. Disponível em:<

Ora, tais declarações se coadunam claramente com um direito penal do autor e não do fato. Subjetivar a pena, de modo que as opções de vida do indivíduo, seu caráter, seu passado criminal interfiram diretamente no cômputo da sanção a lhe ser aplicada, e ainda com margem de discricionariedade presente na atividade jurisdicional, de fato não representa uma boa opção para um Estado declarado como Democrático de Direito.

Diante da coerente manifestação da Defensoria Pública Geral da União no pedido de ingresso como *amicus curiae*, o qual foi deferido, não se pode avançar sem que também sejam expostos os seus argumentos na defesa pelo desprovemento do recurso interposto pelo Ministério Público, uma vez que transcendem a análise dos antecedentes para além do princípio da presunção de inocência:

O acusado que sequer foi condenado no processo em curso já sofre, em razão dele, majoração em sua pena. Ou seja, um segundo julgador que não conhece o outro feito, suas peças processuais, as provas lá produzidas, antecipa-se ao colega para praticamente condenar o acusado pelo outro crime, visto que a majoração da pena no segundo fato surge exclusivamente do anterior. Melhor explicando, o julgador responsável pelo processo criminal em curso sequer prolatou sentença, sequer proferiu decisão final no feito, entretanto, outro Magistrado, prevalecendo o que deseja o Ministério Público, já se antecipará para utilizá-lo para majorar a pena de um eventual segundo crime – tal situação fere o princípio do Juiz Natural. [...]

Neste ponto, é essencial destacar-se que tanto o aumento que esurge da reincidência, quanto dos maus antecedentes, na pena de outro fato criminoso, provém de eventual crime anterior, não guardando qualquer relação com o crime cuja pena está sendo dosada. Ou seja, quando se aumenta a pena de um crime em decorrência da existência de outro processo ou de outra condenação, esta majoração é fruto exclusivamente do processo anterior. A repetição pode parecer desnecessária, mas ao contrário, mostra que, se o fato anterior deixa de existir, o aumento da pena no outro processo passa a ser completamente sem motivo.

Nem se diga que tal situação só ocorre em caso de absolvição no processo em curso, embora nesse caso ela seja mais visível. O aumento de pena em um crime decorrente de processo pretérito, por si só, já é de duvidosa constitucionalidade. Uma vez praticado um fato criminoso, o Estado exerce seu poder-dever de processar e julgar o autor do fato. O Julgador, Estado-Juiz, profere decisão fundamentada, fixando a pena que entende ser adequada ao caso apreciado. Se esse mesmo fato serve de fundamento para aumento da pena de outros crimes, significa, claramente, que ele está sendo revigorado a cada condenação sofrida pelo acusado. No caso dos maus antecedentes, a situação é ainda pior, visto que nem se pode dizer que o acusado insiste na vida do crime já que quando praticou um segundo fato não tinha contra si sentença penal condenatória irrecorrível.²³

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2631969>>. Acesso em: 10 abr. 2017

²³ Supremo Tribunal Federal. *Pedido de ingresso da Defensoria Pública Geral da União como amicus curiae no Processo eletrônico RE 591.054/SC*, de 19 de janeiro de 2010. vol. 1, p.274-275. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2631969>>. Acesso em: 10 abr. 2017

Em 05 de Junho de 2014, deu-se início ao exame do RE 591.054, cuja repercussão geral havia sido conhecida em 2008. O julgamento só teve sua primeira sessão após requerimento de preferência feito pelo Procurador-Geral da República em 2012, sendo concedido em 2013. Na ocasião, o entendimento do ministro relator Marco Aurélio foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavaski e Gilmar Mendes no sentido que para efeito de aumento da pena somente poderiam ser valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. A divergência foi aberta pelo ministro Ricardo Lewandowski e seguida pelas ministras Rosa Weber, Cármen Lúcia e pelo ministro Luis Fux.

O ministro Marco Aurélio, após relatar o processo, ressaltou em seu voto que defender a presunção de inocência resulta no impedimento que uma pessoa seja considerada culpada antes que o Poder Judiciário estabeleça uma condenação em definitivo, sendo tal posição a adotada pelos tribunais e organismos internacionais. Observa-se o seguinte pronunciamento:

Esse ponto de vista está em absoluta consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na decisão relativa ao caso *Ricardo Canese* (Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, nº 111, parágrafo 154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica⁶, promulgado entre nós pelo Decreto nº 678/2002, como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores* (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos *Tibi* (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, nº 114, parágrafo 182) e *Cantoral Benavides* (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, nº 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não chancelada a responsabilidade penal.²⁴

Em relação ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, asseverou que o órgão ao interpretar o alcance do item 2 do art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, cujo conteúdo dispõe que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, afirmou que o teor do dispositivo não se limita a uma simples garantia processual, consistindo num dever a ser observado por todos os integrantes da esfera pública, desde policiais até juízes, de modo que a ninguém deve ser atribuída culpa sem que o Poder Judiciário assim estabeleça.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.10.

Ainda cita que o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em relação ao direito do indivíduo a um julgamento justo, recomenda que o Poder Público não realize um pré-julgamento do acusado, com base no artigo 14, item 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - Decreto nº 592/1992, que aponta: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

O ministro ressalta que a adoção de posicionamento diverso poderia representar uma potencialização da atuação da Polícia Judiciária, bem como permitir uma maior precariedade nas manifestações judiciais. Assim, quando feita a consulta à folha penal com finalidade de cômputo da pena, a presunção deve sempre militar em favor do acusado, podendo somente ser valorados os dados decorrentes de envolvimento judiciais que resultam em condenações definitivas.

Por fim, ao votar pelo desprovemento do recurso, deixa de agasalhar a alegação do Ministério Público de ofensa ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e destaca que: “sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, e não este, aquele, e que os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio e, diria mesmo, coerente.”²⁵ A partir deste trecho pode-se indagar se estariam os antecedentes, como um instituto, legitimando um fim declarado do direito penal ou não.

Em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski procedeu seu voto, divergindo do relator, apresentando a posição por ele adotada desde quando atuava em Tribunal de Alçada Criminal. Alegou que a possibilidade do juiz dosar a pena de modo suficiente para a “reprovação e prevenção do crime” desprende-se do caráter multifacetado do artigo 59 do Código Penal. Expôs:

Eu tenho para mim que, quando o legislador, aqui no artigo 59, se refere aos antecedentes, não se confundem estes antecedentes com aqueles que agravam a pena no artigo 61, I, qual seja, especificamente, a reincidência. Nós todos, como julgadores criminais, nos deparamos muitas vezes com uma extensíssima ficha criminal de determinado réu: várias passagens pela polícia, dezenas de ações penais em andamento, muitas vezes relativas a um mesmo fato objeto do processo em julgamento. Isso, de alguma forma, a meu ver, precisa ser considerado, e o juiz,

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.14.

dentro da sua discricionariedade, dentro do seu prudente arbítrio, pode, baseado no artigo 59, a meu ver, dosar a pena, levando em consideração os antecedentes.²⁶

A partir do discurso, mais uma vez identifica-se um pensamento de subjetivação da pena de forma que ocorra um pré-juízo do acusado, submetendo-o a critérios de avaliação puramente pautados na interioridade do homem, nos seus precedentes penais, nos feitos alheios ao da conduta criminosa em análise no momento da fixação da pena. Remeter a possibilidade de considerar anotações na ficha criminal para aumento de pena, sem que decorra sentença penal condenatória, sob a alegação se de estar atendendo teoricamente às finalidades da pena é consagrar, no lugar de uma avaliação objetiva, um julgamento substancial como base nas escolhas de vida do indivíduo.

Aqui se encontra um ponto que merece destaque: embora a idéia de um direito penal mínimo consiga ser verificada no momento que a atividade legislativa evita a criação de normas penais que prevejam condutas relacionadas a estados e convicções pessoais, não se pode atribuir a mesma identificação às normas que delimitam a aplicação da pena, onde podem ser encontrados facilmente juízos valorativos sobre o modo de ser do réu. Na fixação da pena, isso pode ser observado na sua quantificação, seja na determinação da pena-base, seja na incidência das agravantes (CARVALHO, 2002, p. 30-31).

Embora a Constituição de 1988 tenha consagrado um modelo que deva viabilizar ao máximo a tutela de garantias fundamentais, nada adianta se no exercício da atividade jurisdicional esta não for observada.

No momento da cominação da pena na sentença condenatória, o sistema revela toda sua perversidade ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado, sem averiguabilidade probatória, e conseqüentemente, isentos de possibilidade de refutação empírica. (CARVALHO, 2002, p.31-32).

Logo após, o ministro Luís Roberto Barroso proferiu seu voto, cujo teor ampliou o debate de forma acertada e precisa. Inicialmente, o ministro contextualizou a situação do sistema punitivo brasileiro, evidenciando o seu caráter seletivo e declarando-se como defensor de um direito penal mínimo, “sem excesso de criminalização” e de “exarcebação da pena”.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.15.

Reconheceu, ainda, o direito penal como instrumento inadequado para lidar com questões sociais, de modo que o seu endurecimento não acarreta a possibilidade de resolvê-las²⁷.

Nas palavras do ministro, o grande problema do sistema punitivo do Brasil é que “ele se encontra extremamente desarrumado”²⁸. Dentro da sua perspectiva de não exacerbação do direito penal, opta por adotar a mesma posição do ministro Marco Aurélio. Em relação à presunção de inocência, prestigiou a interpretação dominante no Plenário do Supremo no sentido que a mesma somente se rompe a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória. Entretanto, neste julgamento, houve um indício do que estaria por vir quanto à mudança desse entendimento, uma vez que o ministro alertou que, embora fosse dominante, este não era pacífico, podendo ser em algum momento rediscutido.

O ministro Teori Zavascki somente reafirmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do relator.

Para a ministra Rosa Weber, considerar inquéritos e ações penais em andamento para efeito de avaliação da conduta passada do acusado, de forma a culminar num aumento da pena a ser imposta, não significaria afronta ao princípio da presunção da inocência, seguindo a divergência aberta pelo ministro Ricardo Lewandowski. Segue o argumento da ministra, cuja construção se dá a partir do entendimento que a hipótese não configura um juízo condenatório, mas tão somente um juízo valorativo a ser realizado pelo juiz no momento da sentença:

Na minha avaliação, não haveria afronta ao princípio constitucional da presunção da inocência o juiz não entender de uma forma matemática: há um inquérito em andamento. Óbvio. Ou uma ação penal. Ele pode ser absolvido. Seria iníquo se o juiz assim procedesse. Mas ele pode considerar, diante de grande número de ações e de inquéritos, ainda que nenhum deles solucionado por decisão com trânsito em julgado, para efeito de uma pequena... Então, tenho dificuldade de emitir um juízo de inconstitucionalidade, aqui, no caso, de afronta a um princípio consagrado na Constituição.²⁹

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.17-18.

²⁸ *Ibid.*, p.18.

²⁹ *Ibid.*, p.21-22.

O ministro Luiz Fux seguiu a lógica adotada pela ministra Rosa Weber, aduzindo que ao ser atribuído o mesmo tratamento a quem nunca praticou crime e a quem tenha processos e inquéritos pendentes, não haveria violação do princípio da presunção de inocência, mas violação do princípio da igualdade, trazendo ao julgamento a seguinte passagem para corroborar na defesa de seu posicionamento:

[...] Não há motivo para presumir bom a quem praticou ato ilícito; presume-se mal quem sempre foi mal; presume-se ter agido de má-fé quem compra contrariando a lei; quem pratica lesão presume-se que o fez, em princípio, conforme a lei, dolosamente.

A verdade nessa matéria é que só o confronto com o que, no passado, normalmente aconteceu pode levar a uma presunção, pró ou contra [...].³⁰

Por uma interpretação literal do previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pode-se chegar ao entendimento que, diante da existência de uma sentença condenatória transitada em julgada, a inocência presumida do acusado é afastada, mas deve ser feita a seguinte ressalva: em relação ao fato concreto em análise. Utilizar o trecho acima a fim de negar legitimidade à aplicação da presunção da inocência na fixação da pena-base representa uma verdadeira afronta ao sistema de garantias adotado pela Constituição Federal, ao estabelecer um critério de presunção de culpabilidade de forma desvinculada da racionalidade e civilidade, que devem servir como base para a intervenção penal. Adotar tal postura é ser favorável a um modelo penal de controle social, permitindo que o direito penal, ao invés de atribuir uma punição pela autoria de um delito, sancione alguém por ser “bom” ou “mal”.

Ademais, quanto ao princípio da isonomia, é necessário esclarecer que embora este importe na vedação de tratamento igual a quem esteja em desigualdade de condições, bem como impede uma diversidade de tratamento entre iguais, se for relacionado ao princípio do pluralismo, acarretará uma vinculação do Estado a perceber que os indivíduos são diferentes e assim, deverá ser considerada ilegítima qualquer discriminação pautada nessa diversidade³¹. Trata-se do necessário reconhecimento que os princípios não se excluem, mas coexistem harmonicamente, de forma a se complementarem e terem seus preceitos adequados às incidências factuais.

³⁰ TORNAGHI, Hélio. Manual de Processo Penal: Prisão e Liberdade. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.24.

³¹ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amílto Bueno de. *Aplicação de pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 16.

Seguindo a abordagem do ministro Luis Roberto Barroso, o ministro Gilmar Mendes relatou o grave problema de insegurança pública e o mau funcionamento da justiça criminal no país, só que para dar um enfoque diferente à discussão. O seu posicionamento revelou uma possível alteração a ser por ele adotada, em outra oportunidade, ao propor uma revisão na necessidade do trânsito em julgado para determinar a prisão. O seu voto foi pelo desprovisionamento do recurso, porém enfatizou a responsabilidade do Supremo perante a tese a ser firmada, já que muitas vezes os inquéritos não são concluídos diante da ineficiência do sistema da Justiça Criminal.

Menciona-se que em decorrência desta abordagem o ministro Luís Roberto Barroso demonstrou a preocupação que ao adotarem a posição dos votos divergentes, o Supremo tornaria a jurisprudência mais dura, pelo fato do STJ já ter editado a Súmula 444. Ou seja, o sistema seria sobrecarregado pelo aumento da carga de punitividade. O ministro enfatizou que “não é o recrudescimento da resposta penal que vai enfrentar a criminalidade, é a eficiência mínima da eficiência penal.”³²

O Presidente Joaquim Barbosa não votou por não ter participado dos debates no Plenário e, a fim de colher os votos dos ministros Celso de Mello e Dias Toffoli, que se quedaram ausentes, suspendeu o julgamento. Ao término da sessão, o resultado foi de empate dos votos.

Ao ser retomado o julgamento em 17 de dezembro de 2014, o ministro Teori Zavascki atentou o Plenário para o fato que a questão debatida pautava-se basicamente na análise do princípio da presunção de inocência, do qual derivam as seguintes conseqüências no ordenamento jurídico: restrição a serem aplicadas medidas com natureza de sanção no curso da instrução penal, atribuição da carga do ônus de prova de culpa à acusação, de maneira a dispensar o réu de provar sua inocência, e impossibilidade de declarar o réu como culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por oportuno, cabe mencionar que o ministro citou o entendimento da Corte quanto à inconstitucionalidade da execução antecipada da pena privativa de liberdade autorizada pelo

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.31.

artigo 637 do Código de Processo Penal, na pendência de julgamento de recurso extraordinário³³. E assim contestou:

Na sessão de 4 de abril de 2013, ao julgar o RE 453.000, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, e dos HC 93411, 93851 e 94711, relatados pelo Ministro Gilmar Mendes, o Plenário decidiu que concretiza o princípio constitucional da individualização da pena a avaliação, na sentença penal, do perfil do condenado e o tratamento diferenciado entre aqueles que praticaram a primeira infração e os que possuem condenações anteriores. Essa análise é feita nas três fases da dosimetria da pena, com maior amplitude na primeira (art. 59), diante dos termos genéricos que utiliza em relação às situações específicas listadas na segunda (arts. 61/67) e terceira (art. 68) etapas. Assim, a consideração, na dosimetria da pena, de condenações não transitadas em julgado em outros processos, não importaria tratar o réu como condenado, mas conferir uma valoração negativa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Dentro desses limites, mostra-se, mais do que oportuno, necessário que a Corte estabeleça em definitivo um critério minimamente objetivo para que não fique comprometido, portanto, o princípio da presunção de inocência, mas ao mesmo tempo se permita ao magistrado, fundamentadamente, individualizar a pena com observância do importante crivo dos antecedentes, sob pena de violar de outro lado o princípio da isonomia.³⁴

Assim, confirmou seu voto, porém ressaltando que agravamento da pena-base seria legítimo quando devidamente fundamentado, diante da existência de sentença condenatória, mesmo que não transitada em julgado. O argumento foi que nessa hipótese haveria a manifestação de órgão judicial, presumindo-se que no momento da sentença o devido processo legal tenha sido respeitado, sob pena de nulidade a ser reconhecida em qualquer tempo, e que a sentença recorrível poderia ser revertida posteriormente pela via da revisão criminal, assim como ocorre com a sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do artigo 621 do Código de Processo Penal³⁵.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 84078/MG*, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe- 26-02-2010.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto em Acórdão no RE nº 591.054. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.38-39.

³⁵ Código de Processo Penal, Art. 621. “A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

O ministro Dias Toffoli fez apenas menção ao seu voto proferido no HC nº 106.157/SP³⁶, no sentido que a existência de inquéritos ou de ações penais não acobertadas pelo manto da coisa julgada não permite a configuração de maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Por último, seguiu-se o voto do ministro Celso de Mello, adotando o posicionamento que vinha mantendo no Supremo desde as primeiras decisões quanto à matéria apreciada. Fora feita a defesa que situações processuais em que haja pendência de definição não são suficientes para se formular um juízo de desvalor em relação à vida passada do acusado que não tenha sofrido sentença penal irrecorrível, de modo que entender de forma contrária acarreta grave violação ao postulado constitucional que consagra que todos são presumidamente inocentes até que ocorra o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Em seu parecer, abordou-se uma questão que, embora preliminar ao se analisar o princípio da presunção de inocência, ainda não havia sido constatada por nenhum outro ministro: o reconhecimento que o princípio constitucional da presunção de inocência, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem como destinatários tanto o Estado, como o indivíduo, funcionando de um lado como limite para o exercício do *ius puiendi* do Estado e do outro como direito fundamental.

Nesse sentido, merecem ser transcritos os seguintes trechos da manifestação do ministro Celso de Mello:

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a inaceitável repulsa à presunção de inocência, com todas as gravíssimas consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.[...]

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira, promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases democráticas, é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e que banuiu, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “*ex parte principis*”, cujo efeito mais conspícuo, em face da posição daqueles que presumem a culpabilidade do réu, ainda que para fins extrapenais, será a virtual esterilização de

³⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 106157, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 15/03/2011, DJ-e 27-05-2011.

uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse [...]

O postulado do estado de inocência encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma *verdade* provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente.³⁷

O ministro ainda alertou que não se pode esvaziar o princípio da presunção de inocência de forma progressiva, conforme a sucessão dos graus de jurisdição, de modo que mesmo havendo confirmação da condenação penal em segunda instância de jurisdição, ainda assim este deve subsistir em favor do réu, só podendo ser afastado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme prelecionado na redação constitucional. E, assim proferiu ao finalizar seu voto:

Penso ser importante, desse modo, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da presunção da inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo, qualquer iniciativa que objetive impor a qualquer pessoa restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo.³⁸

Por maioria de seis votos, quais sejam dos ministros Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso, Teori Zavazcki, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello, ficando vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármem Lúcia, o recurso do Ministério Público foi desprovido.

Embora de forma acertada o Supremo tenha desconsiderado a possibilidade de inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado serem considerados como maus antecedentes na dosimetria da pena, sob o prisma do alcance do princípio da presunção de inocência, o significativo número de votos vencidos já anunciava a existência do risco de vir a ocorrer um retrocesso no seu entendimento em relação a esta tese a partir de uma mudança na composição da Suprema Corte.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto em Acórdão no RE nº 591.054, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.52-54.

³⁸ Ibid., p.65.

1.2 O julgamento conjunto dos HC 94.620/MS e HC 94.680/SP: o anúncio da mudança de entendimento do Plenário

O perigo de uma alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de serem considerados como maus antecedentes os inquéritos policiais e as ações penais em curso, para fins de dosimetria da pena, teve como indício o julgamento conjunto dos *Hábeas Corpus* nº 94.620 e nº 94.680, que ocorreu no dia 24 de junho de 2015, quando os ministros, apesar de concederem a ordem para determinar o recálculo das penas dos casos concretos conforme o que foi firmado no RE 591.054, demonstraram opiniões contrárias ao entendimento, sendo adotado o compromisso de ser afetada a repercussão geral a um outro recurso que trate da matéria a fim de permitir uma revisão na tese, ficando o Ministério Público Federal incumbido de envidar esforços para identificar um caso a ser oportunamente submetido ao Plenário.

Ocorre que, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo passou a contar com mais o voto do ministro Luiz Edson Fachin, em sentido contrário ao da tese assentada, e o ministro Teori Zavascki mudou o seu entendimento, havendo uma inversão quanto ao resultado do julgamento do RE 591.054: os quatro votos vencidos dos ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber e Carmem Lúcia passaram a compor uma maioria de seis com os votos dos ministros Luiz Edson Fachin e Teori Zavascki.

Destaca-se que o julgamento conjunto dos HC 94.620 e HC 94.680 evidencia um grande problema existente no Supremo quanto às mudanças de entendimento em relação a uma mesma matéria, ainda que envolva a séria discussão acerca de garantias e direitos fundamentais, como o fato de ser considerado inocente até o trânsito em julgado, a partir de uma mudança na composição do Tribunal. A consequência dessa postura é o surgimento de uma grave insegurança jurídica diante de matérias de grande relevância, quando a Corte teria o dever de manter o equilíbrio do ordenamento jurídico através de interpretações construídas com base no que exigem os núcleos essenciais dos preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Os casos concretos haviam sido submetidos pela 1ª turma ao julgamento do Tribunal Pleno em 2008, pois as duas turmas que compunham o Tribunal adotavam entendimentos

divergentes quanto à utilização de inquéritos policiais e processos em curso para a caracterização de maus antecedentes.

O ministro Ricardo Lewandowski, responsável pela relatoria dos processos à época, já entendia que a avaliação dos antecedentes na fixação da pena encontrava amparo no princípio da individualização da pena, à luz do previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Sublinha-se que o ministro, ao fundamentar o seu voto no sentido de denegação da redução das penas, citou um ensinamento de uma obra de Magalhães Noronha de 1970³⁹, ou seja, de um período cuja Constituição de 1988 ainda nem existia. E no julgamento dos casos em 2015, reafirmando sua posição, proferiu:

Então, desde aquela época, eu e outros colegas de magistratura entendíamos que deveríamos examinar, caso a caso, os antecedentes do réu. Se o réu tivesse um rol extensíssimo de passagens pela polícia, processo judiciais, ainda que não findos, não transitados em julgados, nós deveríamos considerá-los na dosimetria da pena.

Eu sempre me mantive nesta posição, até para fazer a diferença daqueles criminosos eventuais, que tinham algum envolvimento com a polícia, com a justiça, e poder valorar caso a caso, como manda a Constituição, de maneira a melhor individualizar a pena.⁴⁰

O ministro Teori Zavascki, no primeiro momento da sessão de julgamento o qual foi o relator, votou concedendo a ordem no sentido de ser necessário um novo cálculo de pena dos pacientes, pelo fato que a consideração de processos judiciais em curso na sentença condenatória encontrava-se em desconformidade com o que o Plenário do Supremo Tribunal Federal havia decidido no julgamento do RE 591.054. Contudo, o ministro Edson Fachin ao também votar pela concessão da ordem afirmou que não abriria divergência somente em razão do princípio da colegialidade, mas que queria deixar registrado que sua posição era a mesma que a adotada inicialmente pelo relator, no sentido que mediante a existência de uma sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, e desde que de forma fundamentada, seria possível o agravamento da pena base.

³⁹ “Como elemento para aferir a capacidade de delinquir do agente, a lei menciona em primeiro lugar os antecedentes. São Tanto os bons como os maus, tanto os judiciais como os extrajudiciais. Aprecia-se, assim, o fato de haver o réu sido condenado anteriormente (abstráida a reincidência), de terem existido outros processos contra êle, de estar sendo processado por mais delitos, etc. Além disso, é mister ser examinada a sua conduta de ai, esposo, filho, amigo, etc., ou seja, comportamento familiar e social. É a vida pregressa ou anteaecta que deve ser investigada”. In: NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal. Introdução e Parte Geral*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 244-245.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC nº 94.620*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2015, p.44.

Após, seguiram-se os votos da ministra Rosa Weber e do ministro Luiz Fux acompanhando o voto do relator apenas pelo respeito ao princípio da colegialidade. A ministra Carmem Lúcia ressaltou que o princípio da colegialidade só vincularia o decidido em Plenário nos julgamentos a serem realizados pelas turmas, de modo que se determinado tema retornasse ao Plenário seria possível a mudança de entendimento, e reafirmou a sua posição ao argumento que, sob o que determina a Constituição em relação à individualização da pena, uma pessoa que nunca tenha praticado um crime não pode ser tratada como uma que tenha praticado vários delitos cujos inquéritos, por vezes, nem são terminados. O ministro Dias Toffoli acompanhou a divergência.

O ministro Gilmar Mendes então ponderou que assim como foi chamada atenção para a necessidade de serem examinadas as circunstâncias em cada caso, dever-se-ia atentar que pelo fato de ser possível a existência de situações arroladas no registro criminal do acusado com pouca expressão que o Tribunal se mobilizou no sentido de que deveria haver uma segurança jurídica quanto ao tema.

Aproveitando o momento da discussão sobre a presunção de inocência e o trânsito em julgado, aventou que a jurisprudência quanto à prisão vinculada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória deveria ser revista. E sob este aspecto, foi seguido pelo ministro Luís Roberto Barroso, o qual justificou que a impossibilidade da execução do trânsito em julgado fomenta o advogado criminal a valer-se da procrastinação com vistas a impedir o trânsito em julgado e, conseqüentemente, a execução da pena. Porém, sobre a causa em análise, defendeu que se fosse revertida uma posição firmada em repercussão geral, meses após esta ser proferida, a jurisprudência não poderia ser consolidada.

O ministro Marco Aurélio adotou a linha que já defendia, conforme se observa na seguinte manifestação:

Interpreto o artigo 59 do Código Penal à luz da Constituição, à luz do princípio da não culpabilidade. No principal rol das garantias constitucionais, tem-se, como direito do cidadão, não ser considerado culpado – e versam-se maus antecedentes, tendo em conta procedimento alusivo a inquéritos e processos-crimes em andamento – até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Digo mais, Presidente, que esse princípio da não culpabilidade vem sendo, inclusive, mitigado, no que a prisão provisória tornou-se regra. A provisória é implementada,

até mesmo objetivando fins escusos – há de admitir-se isso –, numa época de perseguição criminal maior, ante a delinquência generalizada.

Por isso, e porque o precedente é muito recente – foi formalizado sob o ângulo da repercussão geral em 17 de dezembro do ano passado –, não tenho como dizer que erramos redondamente ao desconhecer que pode ser flexibilizado – e entendo que não – o princípio da não culpabilidade.⁴¹

A partir de seu voto, iniciou-se então um debate que, embora por maioria a ordem fosse concedida, o resultado não iria manifestar os entendimentos atuais dos ministros, os quais expressaram que os antecedentes criminais do réu ou do acusado deveriam ser computados de algum modo, sendo até proposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso que, em determinado momento, a Corte tivesse que instituir um mecanismo de revisão de repercussão geral.

O que se torna espantoso nesse julgamento é que, embora tenha sido discutida a necessidade de se alterar a tese anteriormente firmada, não houve nenhum argumento sólido a fim de justificar a mudança. O único princípio invocado para ser defendido um posicionamento contrário foi o da individualização da pena, sob a idéia de que alguém que não tenha cometido um único crime não possa ser tratado igual a quem tenha uma passagem pela polícia, e mesmo assim, esse entendimento já havia sido vencido no Plenário.

Ora, como bem pronunciou o ministro Marco Aurélio, a decisão do Plenário de que inquéritos policiais e ações penais em curso não poderiam ser considerados como maus antecedentes se deu com base na correta interpretação que o princípio da presunção de inocência não merece flexibilização na fixação da pena. Esta foi a *ratio decidendi* para a tese firmada, só que quanto a fundamentos sólidos e jurídicos para a mudança de sentido, especificamente no que tange ao alcance da presunção de inocência, nada fora exposto, mas o julgamento já anunciava o que estaria por vir.

1.3 Dia 17 de fevereiro de 2016: a alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance da presunção de inocência

Em 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, a Suprema Corte havia decidido que a prisão de um acusado só seria possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Segue ementa:

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC nº 94.620*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2015, p.61.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Ordem concedida.

(HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Esta decisão mostrava-se compatível com o ideal de um Estado Democrático de Direito, que respeita garantias constitucionais e assume a correta postura de que somente uma sentença judicial definitiva pode ensejar o início do cumprimento da pena atribuída.

Todavia, no dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal em decisão tomada pelo Plenário no julgamento do *Hábeas Corpus* 126.292/SP entendeu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”⁴², pelo fato que estaria encerrada nesta fase recursal a análise de fatos e provas. Os votos foram os seguintes: seguindo o ministro relator Teori Zavascki, votaram os ministros Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso, que já haviam apontado uma mudança de entendimento no julgamento conjunto anteriormente aqui relatado, e os ministros Dias Toffoli, Luis Fux, Edson Fachin e a ministra Carmem Lúcia, ficando vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e a ministra Rosa Weber.

Faz-se necessária uma breve análise de alguns argumentos correlacionados no julgamento, que possam servir como parâmetro para um eventual reexame dos antecedentes, pois o tema envolve a reflexão sobre o alcance do princípio da inocência e efetividade da função jurisdicional penal.

O ministro relator Teori Zavascki fez a defesa que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial da presunção de inocência, na medida em que o acusado seja tratado como inocente durante todo o processo ordinário criminal, respeitados seus direitos e garantias, bem como as normas que regulam a produção de prova e o modelo acusatório atual, e pelo fato que estes recursos não se prestam à análise probatória, já esgotada nas instâncias inferiores. Ocorre que para embasar a tese, ele

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 126.292*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 17-05-2016.

utiliza um escrito do ministro Gilmar Mendes sobre os limites ao princípio da presunção de inocência, do qual se destaca o seguinte trecho:

Como observado por Eduardo Espínola Filho, ‘a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa’.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos (*in*: Marco Aurélio Mello. Ciência e Consciência, vol. 2, 2015).⁴³

O enunciado retrata a possibilidade de relativização do princípio da presunção de inocência conforme a instância jurisdicional. Repara-se que, no julgamento do RE 591.054, o ministro Celso de Mello já tinha destacado que o princípio da presunção de não pode ser esvaziado progressivamente, de acordo com os graus de jurisdição.

Ao votar, o ministro Luis Roberto Barroso primeiramente referiu-se ao termo ‘princípio da presunção de não culpabilidade’ como o mais adequado e discorreu sobre a técnica de mutação constitucional no sentido que a mesma permite um novo alcance do mandamento constitucional a partir de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do direito. Seu posicionamento pode ser bem entendido, a partir da seguinte ementa por ele elaborada:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU.

1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII).

2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecurribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 126.292*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, p.11.

jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144);

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio”.⁴⁴

Destaca-se que no item 2 da ementa, o ministro condiciona apenas culpabilidade, e não a prisão, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e admite flexibilização da presunção de inocência. Já no item 3, utiliza argumentos que outrora repudiou para legitimar a possibilidade de se considerar inquéritos e ações penais em curso como maus antecedentes, sob o prisma da necessidade de se defender a existência de um direito penal mínimo, para adotar um novo entendimento acerca da execução antecipada da pena.

Importante indicar que, ao entender a presunção de inocência como princípio, e não regra, devendo assim ser ponderado com outros princípios, Luis Roberto Barroso constata no caso em análise:

[...]De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 126.292*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, p.27-28.

De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros.⁴⁵

Na ponderação, frisa-se o entendimento do ministro de que a presunção de inocência adquire peso gradativamente menor à medida que o processo avança, sendo produzidas as provas e as condenações. Especificamente na fase pré-processual, o princípio teria peso máximo, pois o peso dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos tutelados (vida, dignidade humana, integridade física, moral, etc.) pelo direito penal seria pequeno.

Sobre o “princípio da presunção de não culpabilidade”, o ministro Gilmar Mendes asseverou que:

[...] a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratado como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas esta longe de precisar o que vem a ser considerado alguém culpado.

O que se tem e, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o imputado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.⁴⁶

Para ele, pelo fato de também considerar a “presunção de não culpabilidade” como princípio, sendo possível a sua gradação, seria natural a sua evolução de acordo com o estágio do procedimento. Enquanto não atingido o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso seria aceitável.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 126.292*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, p.40.

⁴⁶ *Ibid.*

Percebendo o deslinde da questão inclinada a um resultado baseado na necessidade em se dar efetividade à justiça criminal no que concerne a execução da pena, o ministro Marco Aurélio enfatizou ao se manter fiel à já adotada linha de pensamento sobre o alcance do princípio:

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro.⁴⁷

E ainda quanto à relevância da função do Supremo Tribunal Federal, o ministro Celso de Mello se posicionou da seguinte forma:

Importante insistir na asserção, Senhores Ministros, de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições. A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagrada da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. [...]

Lamento, Senhores Ministros, registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado.⁴⁸

Embora a execução da pena não seja o objeto de estudo do presente trabalho, o julgamento do HC 126.292 revela um posição regressista, como bem assentou o ministro

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 126.292*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, p.76-77.

⁴⁸ *Ibid*, p.88-89.

Celso de Mello, quanto à interpretação do alcance do princípio da presunção de inocência, e na medida em que este foi utilizado como *ratio decidendi* no julgamento do RE 591.054, o novo entendimento acerca da garantia constitucional pode influir numa revisão da abrangência dos antecedentes.

Observa-se que os antecedentes sofreram variações de entendimentos da Suprema Corte, assim como a execução da pena, tendo-se, ainda que em tese, o mesmo parâmetro para as construções interpretativas: a Constituição Federal. Por todos os julgamentos aqui expostos, fica evidente a esfera de insegurança jurídica que o Supremo Tribunal Federal vem criando em relação a princípios e garantias constitucionais, ao motivar suas decisões com expectativas sociais, opinião pública, sensação de impunidade, conforme se extrai, por exemplo, pela leitura do acórdão do HC 126.292.

A mudança de postura da Corte pode ser evidenciada também a partir da alteração na composição do Tribunal, que tem o condão de influenciar diretamente o resultado do julgamento, como pôde ser observado a partir do julgamento conjunto dos HC 94.620/MS e HC 94.680/SP. Assim, apesar de intitulado como “guardião da Constituição”, a forma que o Supremo vem atuando não permite afirmar os desdobramentos que os antecedentes continuarão a ter ou não no ordenamento jurídico, segundo a sua atividade jurisdicional. Entretanto, torna-se importante que seja feito um estudo do instituto à luz dos princípios e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, de modo que lhes seja atribuída uma interpretação conforme as exigências de um Estado Democrático de Direito.

2 OS ANTECEDENTES À LUZ DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PENAIS FUNDAMENTAIS

Antes de se adentrar propriamente no estudo dos princípios e garantias penais atrelados aos antecedentes, identificados a partir dos julgamentos tratados no capítulo anterior, faz-se necessário constatar que a dificuldade do Supremo Tribunal Federal em delimitar o conteúdo do instituto penal é reflexo da postura variante que a Corte adota diante de questões das quais tenha que interpretar normas e princípios constitucionais.

Alguns ministros ressaltaram a crise da justiça criminal brasileira, todavia, parece haver um desequilíbrio do Estado Democrático de Direito a partir do próprio papel desempenhado pelo Supremo como garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, isto porque a Constituição Federal de 1988 optou por um modelo constitucional que dá primazia à tutela de direitos inerentes à pessoa humana. Especificamente em matéria penal, uma vez incorporados ao texto constitucional, os princípios e garantias devem servir como fundamento para a validade das decisões e de todas as demais normas. Trata-se de se reconhecer o lugar que a Constituição ocupa no ordenamento jurídico pátrio, qual seja acima de todas as leis, de modo que seus valores e princípios sejam necessariamente utilizados como parâmetro de interpretação.

Adotando este entendimento, o papel da jurisdição demonstra-se de extrema importância, pois não adianta a previsão de direitos no corpo constitucional se não lhes forem dado o devido respaldo no plano da eficácia. Nesse sentido, ensina Rogério Greco (2011, p. 64):

O juiz exerce papel decisivo quanto ao controle de validade da norma ao compará-la com o texto constitucional. Não deve ser um autônomo aplicador da pena, mas sim o seu crítico intérprete, sempre com os olhos voltados para os direitos fundamentais conquistados, a duras penas, em um Estado Constitucional de Direito. Por essa razão é que Ferrajoli assevera que a interpretação da lei deverá ser realizada sempre conforme a Constituição, e que o juiz, nunca deverá sujeitar-se à lei de maneira acrítica e incondicionada, senão antes de tudo à Constituição, “que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e a denúncia da sua inconstitucionalidade”.

Esta análise demonstra-se pertinente na medida em que o estudo dos antecedentes demanda atenção para o aspecto da obediência à legalidade. Conforme será visto adiante, a Constituição prevê que cabe à lei regular a individualização da pena e aqui começa o

problema, pois, conforme o argumento do ministro Ricardo Lewandowski, uma vez que a lei tenha previsto o instituto dos antecedentes, estes devem ser observados a fim de ser feita uma diferenciação de pena a ser aplicada aos indivíduos com históricos criminais diversos.

Há de se destacar que a lei a qual a Constituição faz referência, e que o ordenamento optou por recepcionar, é o Decreto-Lei nº 2.848 de 1940. Ainda que a legislação penal tenha encontrado alguns aperfeiçoamentos, a redação “atual” do *caput* do artigo 59 do Código Penal que prevê os antecedentes é de 1984. Ora, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica e qualquer mecanismo previsto infraconstitucionalmente deve ser submetido a uma interpretação constitucional que leve à menor restrição de direitos fundamentais possível.

Sob o aspecto de vista formal, os antecedentes são previstos como uma orientação a ser seguida pelo magistrado na primeira fase da aplicação da pena, devendo ser valorados conforme uma discricionariedade razoável, proporcional e suficiente para que a pena atenda as finalidades de reprovação e prevenção do crime. Porém, diante da imprevisão conceitual das circunstâncias do artigo 59, que têm o nome de “judiciais” justamente por serem delimitadas pelo juiz, o conteúdo destas deve respeitar as imposições previstas na Constituição para que seja possível a garantia de direitos.

Embora o Estado detenha o monopólio do direito de punir e a legislação infraconstitucional preveja mecanismos que regulem o exercício desse direito, toda a aplicação da pena deve obediência aos parâmetros estabelecidos expressamente na Carta Constitucional, pois é dela que materialmente retira sua validade. Em um Estado Democrático de Direito é imprescindível a existência de limites para o exercício do *ius puniendi*, de modo que os princípios constitucionais inerentes ao indivíduo como sujeito de direitos sejam sempre privilegiados em detrimento do que lhe for contrário.

O modelo constitucional adotado pelo ordenamento jurídico pátrio imprime um condicionamento à atuação estatal, de forma que esta não se configure em tirana e assegure uma preservação de direitos dos cidadãos, entendendo-se que sempre que o Estado esteja no exercício do direito de punir deve haver o privilégio da proteção de direitos fundamentais.

Nesse aspecto, o papel do Supremo Tribunal Federal de interpretar a legislação penal conforme a Constituição é de extrema importância, principalmente por orientar toda a jurisprudência a ser adotada no país. Válida a transcrição das palavras de Luigi Ferrajoli (2001 apud GRECO, 2011) sobre o papel da magistratura em relação à interpretação da lei conforme os parâmetros constitucionais:

a sujeição do juiz à lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. E no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pelas mesmas.

Ainda ensina Salo de Carvalho (2008, p.102-103):

O papel da jurisdição expresso pela teoria do garantismo é de defesa intransigente dos direitos fundamentais, topos hermenêutico de avaliação da validade substancial das leis. O vínculo do julgador à legalidade, não deve ser outro que à legalidade constitucionalmente válida, sendo imperante sua tarefa de superador das incompletudes, incoerências e contradições das leis inferiores, em respeito ao estatuto maior. A denúncia de invalidade (constitucional) das leis permite sua exclusão do sistema, gerando a otimização do próprio princípio da legalidade e não, como querem alguns afoitos, sua negação.

Ressalta-se que os princípios devem ser observados tanto como limitação à atuação do Estado, sendo interpretados segundo o que estritamente estabelece a Constituição, bem como garantias, ao se direcionarem a uma universalização do homem como sujeitos de direitos, não se podendo permitir qualquer disponibilidade ou flexibilização que acarrete na diminuição do alcance da proteção ao indivíduo.

Quando se trata de garantias fundamentais ainda cabe consignar a sua força vinculante, de modo que além do caráter meramente descritivo, “correspondem ao núcleo de legitimidade substancial do Estado Democrático de direito e estabelecem um pólo rígido de justiça material independente dos ‘desejos’, livres ou manipulados” (CARVALHO, 2008, p.106). A partir do exposto, segue um breve estudo dos princípios e garantias penais fundamentais invocados como fundamentos nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal aqui já examinados, em relação aos antecedentes, numa tentativa de se verificar o seu alcance de forma comprometida com os paradigmas de um Estado Democrático de Direito.

2.1 Princípio da igualdade

Nos julgamentos do RE 591.054 e dos HC 94.620 e 94.680, os princípios da igualdade e da individualização da pena foram invocados por alguns ministros como embasamentos jurídicos para se permitir que inquéritos e ações penais em curso fossem considerados como maus antecedentes, de forma a ensejar um aumento no cômputo da pena-base no momento da primeira fase da dosimetria da pena. Resumidamente, o argumento justificador foi de que o tratamento igualitário aos acusados, no sentido de não se atribuir uma diferença na quantificação da pena em decorrência do histórico criminal de cada um, acarretaria a violação de tais princípios. Assim, faz-se necessário um estudo da esfera de proteção que esses visam alcançar.

O princípio da igualdade surge com a noção de que “todos são iguais perante a lei”, correspondendo ao direito de toda pessoa, sem qualquer distinção em virtude de suas condições particulares, sujeitar-se ao mesmo tratamento previsto legalmente. A exigência é que todos que se encontrem numa mesma situação recebam o tratamento igualitário. Este conceito caracteriza a igualdade formal, ora assegurada no art. 6º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no sentido que a lei como expressão da vontade geral deveria ser a mesma pra todos, seja pra proteção ou punição.⁴⁹

Todavia, a igualdade também deve ser entendida sob o aspecto material. A igualdade material, conforme disserta Canotilho (apud GRECO, 2011), se perfaz no dever de tratar “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”, de modo a permitir que em determinadas situações, seja possível o tratamento desigual entre pessoas conforme as suas desigualdades⁵⁰.

Importa destacar que o conceito de igualdade material não pode ser limitado a uma interpretação literal, de modo que qualquer critério diferenciador possa ser utilizado. Deve o seu conteúdo e alcance ser interpretado conforme de forma harmônica com o direito constitucional positivo. Ingo Sarlet (2013, p.540) ensina:

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2013, p. 537.

⁵⁰ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

A atribuição de um sentido material à igualdade, que não deixou de ser (também) uma igualdade de todos perante a lei, foi uma reação precisamente à percepção de que a igualdade formal não afastava, por si só situações de injustiça, além de se afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário, de modo que de uma igualdade perante a lei e na aplicação da lei se migrou para uma igualdade também 'na lei'. Igualdade em sentido material, além disso, significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer em relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico constitucional, opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais.

Nesse sentido, afirma que segundo a ordem constitucional brasileira, o princípio da igualdade deve ser entendido sob, ao menos, três dimensões:

(a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

De modo similar – mas não coincidente!-, Jorge Miranda e Rui Medeiros referem um sentido negativo do princípio da igualdade, no que implica a proibição de privilégios e discriminações, ao passo que o sentido positivo, segundo os autores, está, entre outros aspectos, atrelados ao dever de tratamento igual em situações desiguais (ou tratamento semelhante em situações semelhantes) e de tratamento desigual para situações desiguais (situações substancial e objetivamente desiguais), bem como, numa perspectiva prospectiva, um tratamento das situações na apenas como existem, mas como devem existir, no sentido, portanto, de uma igualdade mediante a lei (SARLET, 2013, p. 544)

Então, a partir desses ensinamentos, faz-se o questionamento se a adoção do critério diferenciador pautado na existência de inquéritos e ações penais sem trânsito em julgado encontra legitimidade no ordenamento jurídico segundo o princípio da igualdade. Se por um lado, o sistema permite o tratamento desigual perante situações jurídicas desiguais, por outro veda qualquer elemento de diferenciação que seja injusto ou viole o princípio da dignidade da pessoa humana. Seguem os argumentos invocados por dois ministros no julgamento do RE 591.054 a fim de defenderem a possibilidade de inquéritos e ações penais em curso serem considerados como maus antecedentes, com base neste princípio:

Ora, desde há muito que se afirma que - como a Ministra Rosa Weber deixou claro - o fato de se levar em consideração os maus antecedentes do réu não significa, de início, uma condenação; isso vai fazer parte de um processo de valoração pelo juiz no momento da sentença. E a sanção penal talvez seja o núcleo essencial dos escopos do Direito Penal, que é a sua exemplaridade. Então, se vamos levar em consideração que o tratamento tem que ser igual para quem nunca praticou crime, e

deferisse o mesmo tratamento para aquele que tem processos e inquéritos pendentes, efetivamente haverá não uma violação do princípio da presunção de inocência, mas flagrante violação do princípio da isonomia..⁵¹ – Ministro Luis Fux

[...] mantenho a posição que venho adotando, no sentido de que, neste caso, não se estaria diante de uma posição de gravame ao princípio da presunção de não culpabilidade penal. Porque, tal como já foi, aqui, tanto levantado pelo Ministro Lewandowski, quanto pela Ministra Rosa e, agora, pelo Ministro Fux, com a vênua do Relator e dos que o acompanharam, tenho para mim que os princípios se conjugam para uma interpretação. E, dentro dessa visão, eu acho que o princípio da igualdade, ou seja, tratar aqueles que estão nas mesmas condições, e diferentemente os que diferem, até mesmo para efeito de o juiz exercer o seu convencimento quanto aos antecedentes, não agride em nada o sistema constitucional.⁵² – Ministra Cármen Lúcia

Inicialmente, importa destacar que embora o registro criminal de um acusado aponte a existência de inúmeros inquéritos ou ações penais em curso, até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o sujeito deve ser considerado como inocente. Isto porque o texto constitucional é categórico e claro. Portanto, quando essas hipóteses de registro não são consideradas como maus antecedentes, entende-se que não é possível afirmar que o princípio da igualdade esteja sendo violado, pois tanto os indivíduos que possuem várias anotações, como o que não tem sequer um apontamento na ficha criminal, estão na mesma condição jurídica de presumidamente inocentes.

Poder-se-ia questionar até que esses procedimentos não cheguem a uma conclusão, seja por efeitos procrastinatórios da parte ou por ineficácia da máquina estatal, de modo que o Estado não consiga impor a sanção correlata ao delito, ocorrendo assim uma injustiça em relação a quem nunca cometeu um crime por ser tratado de forma semelhante na aplicação da pena a quem praticou diversas infrações, mas não foi punido. Todavia, este argumento não pode ser utilizado para justificar a violação da isonomia, e conseqüentemente, impedir que ao princípio constitucional da presunção de inocência seja dada a correta extensão.

É necessário o reconhecimento que a manutenção de um Estado Democrático requer sacrifícios, tendo que prevalecer os direitos e garantias fundamentais. Se for adotado o entendimento que alguém que não tenha sequer uma decisão transitada em julgada seja tratado diferentemente de quem também não a tenha, somente pela inexistência de qualquer

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p.24.

⁵² *Ibid.*, p. 26.

procedimento penal persecutório, se está promovendo na verdade uma desigualdade pautada numa justificativa de controle social do Estado, resultando dessa forma numa violação do princípio da isonomia, ao considerar como culpado quem, até que seja provado o contrário, é inocente. Observa-se a seguinte pronúncia do ministro Ricardo Lewandowski:

Nós todos, como julgadores criminais, nos deparamos muitas vezes com uma extensíssima ficha criminal de determinado réu: várias passagens pela polícia, dezenas de ações penais em andamento, muitas vezes relativas a um mesmo fato objeto do processo em julgamento. Isso, de alguma forma, a meu ver, precisa ser considerado, e o juiz, dentro da sua discricionariedade, dentro do seu prudente arbítrio, pode, baseado no artigo 59, a meu ver, dosar a pena, levando em consideração os antecedentes.⁵³

Ora, não basta que se adote qualquer critério de diferenciação para se legitimar uma desigualdade. Este precisa ser razoável e congruente. No caso dos antecedentes não há como sacrificar uma garantia fundamental, qual seja de ser considerado inocente até o trânsito em julgado, em prol de uma política estatal excessivamente punitiva. O ministro Luis Roberto Barroso inclusive trouxe ao Plenário no julgamento do RE 591.054 uma questão importante quanto ao caráter seletivo do sistema punitivo do Brasil e afirmou que o direito penal não se mostra adequado pra enfrentar problemas sociais através de instrumentos que promovam o “excesso de criminalização” e de “exacerbação da pena”⁵⁴, embora nos julgamentos seguintes tenha mudado seu posicionamento ao defender a necessidade de uma execução da pena, ainda que sem o trânsito em julgado.

Quanto a esse problema da seletividade do direito penal, Rogério Greco (2011, p. 69) se manifesta no seguinte sentido:

No que diz respeito à Justiça Penal, podemos afirmar que o princípio da igualdade é um dos menos observados. Muito embora os países ocidentais não estejam mais vivendo um período em que se poderia identificar a classe dos nobres, imunes à aplicação da lei, percebemos que, quando o tema é a aplicação da lei penal, o princípio da igualdade é constantemente violado, a exemplo do que ocorre no Brasil.

Infelizmente, ainda nos dias de hoje, mesmo após anos a fio discutindo a necessidade de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, vemos que a aplicação da lei penal, em especial nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, ainda é dirigida a um público alvo, vale

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p. 15.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 18-19.

dizer, aos pobres e miseráveis. A seletividade do direito penal é um sinal evidente de que o princípio da igualdade não está sendo observado em muitos países.

O que se quer aqui enfatizar é que não se pode tentar resolver um problema de ineficiência do sistema penal, ou mesmo permitir o reforço do seu caráter punitivo, através da aplicação da pena. Sobre o tema, Ferrajoli (1998 apud CARVALHO, 2008, p.84) ensina:

A certeza perseguida pelo direito penal mínimo é, ao contrário, que nenhum inocente seja punido, à custa da incerteza de que algum culpado reste impune. Os dois tipos de certeza, e os custos ligados às respectivas incertezas, refletem interesses e opções políticas contrapostas: de um lado a máxima tutela de segurança pública contra as ofensas ocasionadas pelos crimes, por outro, a máxima tutela das liberdades individuais contra as ofensas geradas por penas arbitrárias.

Na medida em que a fixação da pena resulta do exercício do *ius puniendi* pelo Estado e poderá ensejar, por exemplo, a restrição do direito de liberdade do indivíduo, deve-se garantir o máximo de proteção dos direitos fundamentais possível do acusado, de modo que sejam adequadamente observados e respeitados, e não subsumidos ou restringidos a favor dos interesses do próprio Estado. E dentre eles, a presunção de inocência tem papel de destaque.

2.2 Princípio da individualização da pena

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, dispõe que “a lei regulará a individualização da pena [...]”⁵⁵.

Segundo ensina Rogério Greco, o princípio da individualização da pena exige sua verificação basicamente em três momentos⁵⁶. O primeiro momento se dá quando o legislador seleciona condutas, sejam elas positivas ou negativas, que ofendem os bens considerados como mais importantes, atribuindo-lhe sanções conforme a relevância de cada um deles. Trata-se da fase da cominação das penas, em que o legislador, seguindo critérios políticos, deve valorar os bens protegidos pelo direito penal. Diante da vigência da lei penal, com a devida descrição de condutas a serem observadas sob pena de sanção, uma vez o agente decida cometer um ilícito, deverá por ele responder. O magistrado, uma vez comprovada a ocorrência do fato delituoso, deverá aplicar a pena correspondente.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 69-70.

O segundo momento da individualização da pena pode ser visualizado quando o julgador aplica a pena correspondente à infração penal constatada, devendo fixá-la de acordo com o que estabelece o artigo 68 do Código Penal, o qual delimita três fases distintas a serem necessariamente seguidas, sob pena de nulidade. Na primeira, deve-se estipular a pena-base, calculada a partir da pena prevista no tipo penal correlato à conduta em análise, de acordo com as circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do Código Penal, de modo que sejam respeitados o mínimo e o máximo da pena prevista. Na segunda fase, são consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, dispostas nos artigos 61 e 65 do Código Penal. E na terceira, averiguam-se as causas de aumento e diminuição. Todo esse procedimento a ser seguido pelo julgador chama-se aplicação da pena, saindo a sanção da abstração para o plano concreto.

Por fim, no terceiro momento, a pena é individualizada ao ser executada, conforme determinação do artigo 5º da Lei nº 7.210/89 – Lei de Execução Penal, que assim dispõe: “Os condenados serão classificados, segundo os antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”⁵⁷. Aqui, apenas se destaca que, apesar de o enfoque do presente trabalho ser o estudo dos antecedentes no momento da aplicação da pena, seus efeitos estendem-se para além da fixação da pena-base, de modo que podem ser identificados no regime de cumprimento de pena, na substituição da pena privativa de liberdade por substitutiva de direitos, na suspensão condicional da pena bem como em sua execução, na progressão de regime e livramento condicional, nas medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo. Observa-se que o instituto detém uma significativa relevância no sistema criminal, por ter o condão de impedir a concessão de certas medidas penais benéficas, bem como de agravar a pena imposta ao condenado.

Então, faz-se necessário consignar a importância que o Código Penal atribui ao histórico criminal do agente, desde a aplicação da pena até seu cumprimento, exigindo um verdadeiro comportamento dos cidadãos, pois se não tiverem “bons antecedentes”, certamente terão a condição de apenados agravada. Por isso é tão relevante que o instituto tenha seus contornos bem delimitados no ordenamento jurídico.

⁵⁷ BRASIL. *Lei nº 7. 210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 13 de jun. 2017

Segundo o artigo 59 do Código Penal, devem ser analisadas as seguintes circunstâncias judiciais, ao ser fixada a pena-base: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias do crime, as conseqüências do crime, e o comportamento da vítima. Assim, seguindo a orientação do legislador infraconstitucional, os antecedentes devem ser computados, de acordo com a abrangência que é dada ao conceito de maus antecedentes, pois estes que permitem o aumento da pena.

Em um primeiro momento, o que deve ser averiguado é se a limitação do que caracteriza maus antecedentes, tendo-se por base o alcance da presunção da inocência, viola ou não o princípio da individualização da pena, porque pelos argumentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal parece que não há como os dois princípios vigerem de forma harmônica sobre o instituto dos antecedentes, quando este restar limitado à existência de sentenças condenatórias transitadas em julgado. Ou seja, a impressão que se dá pela leitura dos julgados é de que caso seja adotada uma posição de acordo com um determinado princípio penal constitucional, outro automaticamente estaria sido violado, o que não pode ser aceito.

Infere-se que os argumentos que sustentam a necessidade de serem considerados inquéritos e ações penais em curso para fim de valoração na pena-base pautam-se numa lógica que tal fato é essencial para que a pena não seja genérica, e sim diferenciada, individualizada, conforme os parâmetros estabelecidos pelo legislador, dentre os quais se encontram os antecedentes. Assim, seria incabível alguém que possua uma extensa lista criminal, com inquéritos e ações penais em curso, ter os antecedentes considerados da mesma forma que quem sequer detenha uma anotação penal, ou seja, como bons antecedentes, de modo que se estaria negando a orientação legislativa de atribuir valores diversos a quem tenha históricos criminais diversos.

Primeiro, cabe consignar que a individualização da pena não pode ser confundida com a exigência que se extrai do princípio da igualdade. Conforme já fora anteriormente explicado este se relaciona ao tratamento que é dado aos indivíduos, considerando-se a lei, bem como as características inerentes a cada um, de modo que a escolha da forma mais adequada como alguém deva ser tratado carece de fundamentação que não acarrete na legitimação de uma inferioridade do indivíduo por sua razão de ser.

Já o princípio da individualização da pena serve para garantir que a aplicação da pena não ocorra arbitrariamente, indicando a necessidade de adoção de parâmetros pelo legislador a fim de que o magistrado não exerça um juízo valorativo totalmente discricionário. Sabe-se que no período da Idade Média, as penas eram determinadas sem que existissem limites ao arbítrio judicial, de modo que resultavam de um modelo penal totalmente tirano. Contudo, a partir do Iluminismo surge a defesa de que a pena deve seguir determinados parâmetros a fim de impedir atrocidades, podendo a obra “Dos Delitos e Das Penas” de Beccaria ser considerada um marco na história das penas por, ao confrontar a atuação estatal, estabelecer princípios que deveriam ser observados a fim de se preservar a dignidade da pessoa humana, dentro os quais pode-se encontrar o da proporcionalidade das penas.

Nesse sentido, ensina Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 661-662):

Na Idade Média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. Se outra fosse a natureza humana, talvez esse fosse o sistema mais conforme à idéia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delinquente. Contudo, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções.

A primeira reação do Direito Penal moderno ao *arbítrio judicial* dos tempos medievais foi a adoção da *pena fixa*, representando o “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delinquente. Na verdade, um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval.

A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do “poder de julgar” constituiu um dos maiores fundamentos do movimento liderado por Cesare de Beccaria visando à reforma do *Direito punitivo*. E a reação mais eficaz contra aqueles extremos seria naturalmente a limitação do arbítrio judicial, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. Assim, a um sistema largamente aberto na dosagem da pena sucedeu um sistema de pena rigorosamente determinada, consubstanciado no Código Penal francês de 1791. Por esse novo sistema, a função do juiz limita-se à aplicação mecânica do texto legal. Mas logo se percebeu que, se a *indeterminação absoluta* não era conveniente, também a *absoluta determinação* não era menos inconveniente. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

Essa constatação determinou a evolução para um indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve — pelo princípio do livre convencimento — estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto.

Assim, uma vez escolhido o sistema da relativa indeterminação para a aplicação da pena, as circunstâncias judiciais fazem parte de um procedimento adotado pelo legislador que indica ao magistrado uma maneira de adequar a pena ao delito cometido. Apesar de a avaliação ser incumbida ao julgador, os parâmetros previstos tratam-se de fatores orientadores com vistas a impedir uma total discricionariedade judicial e que permitam o cumprimento do estabelecido no *caput* artigo 59, qual seja de que a pena será estabelecida “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”⁵⁸.

Pela redação do dispositivo extrai-se que a pena deve atender a duas finalidades: retribuir o mal causado pela conduta do agente e prevenir que novas infrações penais ocorram. Estas funções são tratadas pelas teorias absoluta e relativa, respectivamente. A teoria absoluta prevê a finalidade retributiva da pena. Trata-se de uma reparação do mal praticado na sociedade mediante a imposição de uma sanção. Esta concepção sempre foi bem conhecida, pois é facilmente identificada na consciência de grande parte da população e de forma assustadoramente natural, de modo que não é raro ouvir-se que a pena de morte deveria ser aplicada para que a justiça fosse alcançada nos casos dos crimes mais gravosos.

Note-se que tal argumento, mesmo que passado tanto tempo, é o mesmo que o adotado na Antiguidade sob a idéia que somente a pena que cause dor e sofrimento a quem comete certo tipo de infração penal é a capaz de ser justa. Um outro exemplo de pensamento que, infelizmente, domina a muitos é da sensação de impunidade gerada quando, ao invés de ser aplicada uma pena privativa de liberdade, aplica-se uma pena restritiva de direitos ou multa. Portanto, de uma forma geral, pode-se afirmar que a finalidade que exige do condenado uma compensação pela violação das regras de convivência social e do ordenamento jurídico é atingida.

Já a teoria relativa trabalha com a finalidade preventiva da pena, desdobrando-se em duas hipóteses de prevenção: uma geral e outra especial, ambas a serem estudadas sob óticas positiva e negativa. A prevenção geral negativa revela um fim intimidatório da pena, cujo intuito é prevenir a prática delitiva pelos demais integrantes da sociedade, enquanto a prevenção geral positiva se presta a reforçar as regras sociais. Pela prevenção especial

⁵⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848 de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017

positiva, a finalidade seria a de evitar que o sujeito que já tenha sofrido uma pena cometa nova infração penal, através de um raciocínio pautado num caráter ressocializador da pena, e a negativa pressupõe uma neutralização do agente quanto à prática de infrações penais pelo seu encarceramento.⁵⁹

Há de se constatar que no campo dogmático existem severas críticas a essa vertente que alude às finalidades de prevenção geral e especial da pena. Em relação à prevenção por intimidação, Hassemer (1993 apud GRECO, 2011, p. 476) faz a seguinte análise:

A intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade da pessoa humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se, necessariamente, em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como:

- o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe) e
- a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação das penas (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo).

Já quanto ao critério de prevenção especial positiva ou ressocialização, apresenta as seguintes indagações:

O que realmente se quer atingir com o fim apontado: uma vida exterior conforme ao Direito (ou só conforme o Direito Penal?), uma 'conversão' também íntera, uma 'cura', um consentimento(?) com as normas sociais/jurídicas/penais (?) de nossa sociedade? A resposta ainda está pendente. Sem uma determinação clara e vinculante, nenhum programa de recuperação, a rigor, se justifica. (HASSEMER, 1993 apud GRECO, 2011, p. 476-477).

A partir desse questionamento quanto ao caráter ressocializador da pena passa-se a indagar as finalidades não declaradas da pena e, por consequência, dos institutos previstos pela legislação infraconstitucional que orientam a sua aplicação. Teriam eles o condão de permitir que a pena atinja qual fim? Observa-se que os antecedentes, na medida em que permitem um aumento na pena a ser atribuída ao agente que comete um delito a partir do seu histórico criminal, revelam uma reprovação do Estado em relação ao seu comportamento na sociedade. Mesmo que após a reforma de 1984 os antecedentes tenham ganhado uma conduta restrita à seara criminal, não podendo mais ser confundido com a sua conduta social, ainda assim identifica-se uma necessidade do Estado em considerar a idoneidade moral do acusado

⁵⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pág. 474-475.

para fins de fixação da pena. E quando o olhar se estende além da esfera penal percebe-se que os antecedentes marcam o indivíduo no campo social, repercutindo, por exemplo, até na esfera trabalhista.

O que se quer aqui defender é que por mais que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLVI, tenha preconizado que a individualização da pena encontra os limites na lei ordinária e esta previu os antecedentes como uma circunstância a ser sopesada no momento da fixação da pena-base, não se pode utilizar o princípio para legitimar outros fins, se não o qual ele se direciona. A individualização da pena é resultado, como já demonstrado nos ensinamentos de Cezar Bitencourt, de uma necessidade em se ter uma segurança jurídica quanto ao procedimento de determinação da pena. E mais, com o devido respeito a direitos fundamentais.

Nesse aspecto, destacam-se alguns argumentos dos ministros no julgamento do RE 591.054 que levam à reflexão sobre a que se destina o princípio da individualização da pena:

Eu me defrontei com essa questão quando julgava no Tribunal de Alçada Criminal, lá trabalhei durante seis anos da minha vida. E o forte desse Tribunal de Alçada Criminal eram justamente os casos de furto e roubo. Então nós tínhamos que, muitas vezes, rever a pena e sopesar os antecedentes tendo em conta a ficha criminal do réu. E nós decidíamos caso a caso, quando havia um ou outro inquérito policial, nós relevávamos e entendíamos que não era o caso, porque não havia trânsito em julgado. Mas na maior parte das vezes, sobretudo quando se tratava de casos de crimes contra o patrimônio praticados em São Paulo, uma cidade reconhecidamente violenta, nós nos deparávamos com réus que tinham uma extensíssima folha de antecedentes, com vários inquéritos policiais por furtos e roubos, muitas vezes quinze, vinte, demonstrando aquilo que a doutrina, usando o latim, chama de *perseverantia celeris*, ou seja, uma reiteração sempre criminosa. E nós sabemos que, na área criminal, os processos correm lentamente, mas para fins de sopesamento dos antecedentes, a mim bastava verificar que realmente se tratava de uma pessoa que era um profissional do crime.⁶⁰ – Ricardo Lewandowski

Fico eu a pensar: o juiz, por imperativo constitucional, há de individualizar a pena. Então se depara com um acusado e entende de emitir o juízo condenatório. Ao momento da dosimetria da pena, percebe que aquele cidadão possui um sem número de inquéritos e de ações em andamento (...). Na minha avaliação, não haveria afronta ao princípio constitucional da presunção da inocência o juiz não entender de uma forma matemática: há um inquérito em andamento. Óbvio. Ou uma ação penal. Ele pode ser absolvido. Seria iníquo se o juiz assim procedesse. Mas ele pode considerar, diante de grande número de ações e de inquéritos, ainda que nenhum deles solucionado por decisão com trânsito em julgado.⁶¹ – Rosa Weber

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p. 40.

⁶¹ *Ibid.*, p. 21.

Não haveria como se individualizar a pena, se tivesse que adotar ou afastar necessariamente, em face da alegação do princípio da presunção de não culpabilidade penal, os antecedentes que pelo menos poderiam demonstrar ou conduzir a que aquela pessoa tivesse uma prática diferente de outro que jamais tivesse tido qualquer prática, ou que tivesse, pela primeira vez, errado ou pelo menos penalmente errado”.⁶² – Cármem Lúcia

Percebe-se através dos discursos, uma forte tendência em utilizar-se do princípio da individualização da pena com desvio de finalidade, qual seja de legitimar um direito penal do autor ao invés de assegurar a garantia da presunção de inocência na caracterização dos maus antecedentes. Também se observa que os argumentos utilizados para embasar o princípio da isonomia são confundidos com o da individualização da pena, os quais merecem diferenciação, conforme já demonstrado.

Ao passo que o princípio da individualização da pena visa também a garantia de direitos fundamentais, é perfeitamente possível que este seja coadunado com uma correta interpretação do princípio da presunção de inocência, de modo que assim, ao invés de restar violado, possa permitir uma adequada observância da legislação infraconstitucional segundo o necessário reconhecimento da supremacia constitucional.

2.3 Princípio da presunção de inocência

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu de forma correta, ao apreciar o RE 591.054, que inquéritos e ações penais em curso não devem ser considerados como maus antecedentes, para fim de exasperação da pena-base, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

Este posicionamento sempre fez parte da defesa do ministro Celso de Mello, que de forma bem preparada pode enfrentar a temática acerca dos desdobramentos do princípio com as necessárias observações. O mesmo enfatiza que a simples sujeição de uma pessoa a investigações policiais ou a persecuções criminais ainda em curso não é suficiente, por si só, diante da inexistência de uma sentença condenatória transitada em julgado, para se afirmar que o réu não tem bons antecedentes.

Nas palavras do ministro ao votar no julgamento do RE 591.054:

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p. 26.

Na realidade, a simples existência de situações processuais ainda pendentes de definição revela-se insuficiente para legitimar a formulação de juízo de desvalor quanto à “*vita anteacta*” referente ao acusado que não sofreu condenação penal irreversível.

O ato judicial de fixação da pena, por isso mesmo, não poderá emprestar relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido (ou estar sendo) o réu submetido a procedimento penal-persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal.

A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais – ou, ainda, a persecuções criminais de que não haja derivado, em caráter definitivo, qualquer título penal condenatório – não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave e inaceitável lesão ao princípio constitucional que consagra a presunção “*juris tantum*” de inocência dos réus ou dos indiciados em geral (CF, art. 5º, LVII).⁶³

Segundo ele, a presunção de inocência invoca um necessário reconhecimento que todos são presumidamente inocentes, sem exceção em razão da pessoa bem como da natureza dos crimes cuja prática tenha se imputado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo-se conferir real efetividade ao preceito inerente ao Estado Democrático de Direito.

Ao se analisar a presunção de inocência, constata-se que se trata de uma garantia constitucional que tem efeito dúplice: ao mesmo tempo em que limita a atuação estatal, também se dirige ao indivíduo como um direito fundamental, representando o resultado de uma luta dos cidadãos contra as opressões do poder do Estado, de modo que as origens históricas desse direito não podem ser negadas. O princípio foi consagrado no século XVIII como um dos grandes postulados iluministas. Para Beccaria (1764, p.38):

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só pode tirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado os pactos com os quais estivera de acordo. Qual o direito, a não ser o da força, que autoriza um juiz aplicar pena a um homem enquanto não tenha a certeza de que é culpado ou inocente?

O contexto desse período era da prática de tortura pela maioria dos governos aos acusados durante a formação do processo. Diante das verdadeiras crueldades, passou-se a invocar a necessidade de que, até provado o contrário, o acusado fosse tratado como inocente

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p. 47-48.

por, nas próprias palavras de Beccaria (1764, p.38), tratar-se de uma questão simples: “*ou o crime é certo ou incerto*”, de modo que se o delito fosse incerto, dever-se-ia impedir que o inocente fosse atormentado.

Embora o princípio tenha ganhado destaque nesse período, há quem indique sua presença desde o direito romano, através de presunções como *innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*. Celso de Mello, no voto do RE 591.054, asseverou que o princípio poderia ser observado a partir do Digesto, que estabelecia em favor de quem fosse processado um *favor lbertatis*, fazendo referência inclusive a Tomás de Aquino.⁶⁴

O fato é que o princípio resulta de um longo processo de desenvolvimento jurídico-político. Para alguns, encontra seus fundamentos já na Carta Maga Inglesa de 1215, e para outros, sendo o século XVIII reconhecido como marco histórico de implementação, o direito fundamental de que ninguém pode ser considerado culpado antes de condenação foi inaugurado na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 1776.⁶⁵

A importância desse postulado foi reconhecida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, com o seguinte teor no art. 9º: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado (...)”. O conteúdo normativo traduz uma idéia democrática face às práticas abolicionistas do Antigo Regime que tem prevalecido nas sociedades como um direito fundamental decorrente do respeito à dignidade da pessoa humana ao longo de todo o processo histórico.⁶⁶

Em 1948, principalmente como forma de reação às atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista, a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana proclamou em seu artigo 11 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”⁶⁷.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p. 50.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid, p. 51.

⁶⁷ Ibid.

Embora somente em 1988 o Brasil tenha incorporado expressamente a presunção de inocência como um princípio fundamental do seu ordenamento jurídico, o país votou na Assembléia Geral da ONU de 1948 e já tinha aprovado a Declaração de Direitos Humanos que a previu. E ainda, anuiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, promulgada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 678 de 1992, que dispõe sobre a presunção de inocência com o seguinte teor em seu art. 8º, item 2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”⁶⁸.

Atenta-se que embora o Pacto de São José da Costa Rica mencione a culpa como elemento vinculativo para a delimitação do alcance da presunção de inocência, a Constituição Federal de 88 ao incorporar o princípio ao seu ordenamento o fez de forma mais extensiva, vinculando-o ao instituto do trânsito em julgado. Quando se trata de direitos fundamentais, deve-se adotar a interpretação que mais favoreça o indivíduo, principalmente em matéria penal, uma vez evidente a sua vulnerabilidade face à atividade estatal.

Por suas raízes históricas, Celso de Mello defende acertadamente que a negação às conseqüências e limitações jurídicas emanadas pelo princípio da presunção da inocência representa uma incompatibilidade com os padrões estabelecidos pelo regime democrático, ao impor, de forma errônea, restrições à esfera de direitos dos cidadãos não autorizadas pela Constituição.

Sobre o princípio da presunção de inocência e seus desdobramentos asseveram Cezar Roberto Bitencourt e Vânia Barbosa Adorno Bitencourt:

A presunção de Inocência é no Brasil um dos princípios basilares do Direito, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, sendo previsto, repetindo, pelo art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, que destaca: “Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”. Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional, portanto, deverá absorver e obedecer tal princípio. Ou seja, o texto constitucional brasileiro foi eloquentemente incisivo: exige como marco da presunção de inocência o “transito em julgado de sentença penal condenatória”, indo além, portanto, da maior parte da legislação internacional similar.

⁶⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 678 de 06 de novembro de 1992*. Pacto de São José da Costa Rica. Brasília, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

Não se ignora, diga-se de passagem, que o Estado brasileiro tem direito e interesse em punir indivíduos que tenham condutas que contrariam a ordem jurídica, podendo aplicar sanção àqueles que cometem ilícitos. No entanto, esse direito-dever de punir do Estado deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites legais.

Na verdade, como destaca José Roberto Machado: “As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos”.⁶⁹

Nesse sentido, é importante destacar que é vedado ao Estado abolir, restringir ou inviabilizar a concretização de garantias sociais e humanitárias incorporadas no Estado Democrático de Direito. Uma vez reconhecido um direito como fundamental no ordenamento interno, ou em dimensão global perante a sociedade internacional, o mesmo deve ser consolidado, não tendo mais como o Estado regredir na matéria.⁷⁰

Em seu voto no julgamento do RE 591.054, o ministro Celso de Mello correlacionou um importante ensinamento dos professores Luiz Flavio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli sobre o princípio:

O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a idéia de que o acusado fosse, em princípio, inocente).

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Do princípio da presunção de inocência (“todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade”) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.

‘Regra de tratamento’: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’ a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. *Consultor Jurídico*, 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 29 abr. 2017

⁷⁰ MACHADO, José Roberto. *Blog Ebeji*. Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso. 6 nov. 2014. Disponível em: < <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>, Acesso em: 29 abr. 2017

do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).⁷¹

O ministro também destacou que o princípio da presunção de inocência vincula-se ao instituto processual do trânsito em julgado, que tem significado e conceito específicos claros, de modo que não deva ser admitida nenhuma mudança ou flexibilização em seu conteúdo, por tratar-se de um direito fundamental. A partir disso, pode-se concluir que o núcleo da presunção de inocência não pode ser alterado conforme, por exemplo, os graus de jurisdição. É sob esse prisma, insurge a crítica contra a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou a possibilidade de execução da pena após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância.

No julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal optou por acolher a tese de que essa gradação é possível. Celso de Mello já havia se manifestado quanto à impossibilidade de atribuir-se gradações ao princípio quando a Suprema Corte tratou dos antecedentes, no sentido que este não pode ser esvaziado progressivamente, conforme se sucedem os graus de jurisdição. Segundo o seu entendimento, mesmo que confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim, subsiste o direito fundamental do sentenciado, que conforme o texto inequívoco da Constituição só deve deixar de prevalecer diante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Veja-se, nesse sentido, o seu pronunciamento no exame do HC 126.292/SP:

Enfatizo, por necessário, que o “*status poenalis*” não pode sofrer – antes de sobrevir o trânsito em julgado de condenação judicial – restrições lesivas à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de inocência) claramente fortaleceu o primado de um direito básico, comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado em suas relações com o Estado, exceto se já existente sentença transitada em julgado.[...]

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições de ordem jurídica somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões judiciais. Isso significa,

⁷¹ GOMES, Luiz Flavio; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Penal - Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica*, vol. 4, 2008, RT, p. 85-91. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. MARCO AURELIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p. 55.

portanto, que inquéritos policiais em andamento, processos penais ainda em curso ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.⁷²

Resumidamente, o ministro defende que: (i) a consagração constitucional do princípio da presunção de inocência como um direito fundamental deve atuar como uma “cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.”⁷³; (ii) a presunção de inocência, embora sua origem se vincule ao processo penal, os seus efeitos são irradiados contra o abuso de poder estatal, sempre em prol das pessoas, projetando-se para esferas processuais não criminais, impedindo que sejam formulados juízos morais baseados em situações jurídicas pendentes de definição ou que sejam impostas restrições a direitos sendo inexistente o trânsito em julgado da condenação judicial, ressalvadas as hipóteses previstas pela própria Constituição, contra qualquer cidadão; (iii) pelo seu efeito irradiante, a presunção de inocência é aplicável a processos de natureza não criminal, de modo a impedir sua transgressão por atos estatais que imponham medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas precocemente; (iv) o princípio repudia qualquer presunção contrária ao réu, não podendo este sofrer punições antecipadas nem restrições em sua esfera de direitos.

A preocupação gerada em relação aos antecedentes a partir do resultado do julgamento do HC 126.292 pauta-se no fato de que, com a mudança no entendimento do alcance da presunção de inocência, o Supremo possa em uma oportunidade futura, firmar uma tese que retroceda na matéria de consideração dos maus antecedentes para fins de dosimetria da pena, já que se manifestou no sentido de ser necessária uma revisão quanto ao posicionamento adotado pela Corte.

Observa-se que os argumentos que ensejaram a alteração, conforme já demonstrado pelos votos dos julgamentos aqui correlacionados, pautaram-se basicamente em motivos de justiça criminal, ou seja, em justificativas que não autorizam a restrição de um direito fundamental. Reflete-se que embora o sistema criminal brasileiro não tenha um resultado esperado em termos de eficiência, deve suportar o sacrifício de submeter os interesses estatais

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE nº 591.054*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, p. 93-94.

⁷³ *Ibid.*, p.84.

à estrutura constitucional voltada para a primazia da tutela de direitos fundamentais. E isso importa um respeito quanto à maneira que esses foram consagrados expressamente no texto constitucional, não podendo o Poder Judiciário restringir os núcleos essenciais de proteção vinculada à dignidade da pessoa humana.

Portanto, atendendo-se à orientação do legislador infraconstitucional de valoração dos maus antecedentes na aplicação da pena-base, e atribuindo-se a devida interpretação ao princípio constitucional da presunção de inocência, chega-se ao entendimento que a única possibilidade desta circunstância judicial ser considerada é diante da existência do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, conforme a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 591.054.

2.3.1 Uma consideração dos antecedentes fundamentada nos princípios da presunção de inocência e da limitação das penas

Ultrapassada a análise sobre a correta interpretação a ser dada ao princípio da presunção de inocência, no contexto de delimitar o que pode ser considerado como maus antecedentes para fim de aplicação da pena, destaca-se que ainda que se adote como mais adequado o entendimento de que tão somente as sentenças condenatórias irrecorríveis podem ser observadas para tal fim, ainda assim subsiste uma crítica ao instituto dos antecedentes baseando-se em suas características. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2002, p.50) ensina:

Independente da posição que se adote, importante frisar que são características intrínsecas à antecedência criminal a amplitude, a negatividade, a subjetividade e a perpetuidade. Trata-se de conceito amplo porque qualquer fato pretérito envolvendo o acusado pode, em tese, ser levado em conta pelo juiz para majoração da pena; negativo porque revela a tendência judicial em considerar apenas os “maus antecedentes” do autor, sendo excluídos todos os fatos “nobres”; subjetivo porque é o juiz que os seleciona arbitrariamente, sendo portanto, relativos, visto que são basicamente os registros policiais e civis a serem considerados. Importante, ainda, perceber que os antecedentes são perpétuos, pois, diferentemente do que ocorre com a reincidência (espécie de antecedentes criminais), não ensejam limitação temporal. É inegável que a valoração da história de vida do acusado, da forma que se estabeleceu no ordenamento jurídico pátrio, cria um mecanismo incontrolável do arbítrio judicial, pois tende a (pré) determinar juízos de condenação [...].

Observa-se que desde há muito tempo, o caráter de perpetuidade inerente aos antecedentes é discutido na doutrina. As críticas constroem-se a partir da norma prevista no

art. 5º, XLVII, da Constituição Federal⁷⁴, que visa impedir o retrocesso quanto às penas cominadas pelo legislador. Trata-se do princípio da limitação da penas, que tem por objetivo atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e que encampa, em sua alínea “b”, a vedação à pena perpétua.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (1998 apud CARVALHO, 2002, p. 51), esta norma proibitiva não deve ser interpretada de maneira restrita. Pelo contrário, do princípio constitucional que veda a imposição de penas perpétuas deve-se depreender que, além da impossibilidade de existir pena perpétua de prisão, também não podem existir outras conseqüências penais atreladas a um caráter perpétuo. Destaca-se o seguinte trecho dos autores:

Por mais grave que seja um delito, a sua conseqüência será, para dizê-lo de algum maneira, que o sujeito deve “pagar a sua culpa”, isto é que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não se admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo “marcado”, “assinalado”, estigmatizado pela vida afora reduzido à condição de marginalizado perpétuo.

Sob esse aspecto, faz-se a avaliação que a inexistência de um critério temporal de limitação dos efeitos dos antecedentes acarreta numa violação ao princípio da limitação das penas. Uma proposta para solucionar este caráter de perpetuidade dos antecedentes seria utilizar o prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal⁷⁵, que trata da reincidência, para limitar seus efeitos. Adotando-se este sistema, poderia se impedir, por exemplo, que uma pessoa ao ser condenada pela prática de uma infração penal, tenha a pena aumentada em decorrência de uma anterior sentença penal transitada em julgada constante em sua ficha criminal, que já não possa mais ser utilizada para caracterizar a reincidência.

Tanto na doutrina, como na jurisprudência encontram-se basicamente duas correntes. De um lado, defende-se que os maus antecedentes não devem ser submetidos ao lapso temporal de cinco anos, em analogia ao prazo atrelado à reincidência, pois ao invés de caracterizarem perpetuidade da pena concretizam a sua individualização, impedindo que o

⁷⁴ Constituição Federal, Art 5º. “[...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

⁷⁵ Código Penal, Art. 64. “Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

acusado que jamais fora condenado criminalmente seja tratado de forma semelhante a alguém que, apesar de não poder ter a reincidência computada, tenha sofrido várias condenações. Do outro, há quem seja favorável à limitação temporal dos antecedentes pelo entendimento de que não é lógico afastar a agravante da reincidência, mas ser permitido que a sanção penal seja recrudescida de forma genérica, de modo que o agente, mesmo quitando sua obrigação perante a justiça penal, permaneça sendo estigmatizado de forma ilimitada no tempo.

Ora, percebe-se que na prática considerar como maus antecedentes as condenações que não prestem para a reincidência, segundo a disposição do art. 64, I, do Código, é aplicar a reincidência, só que sob outra nomenclatura. Trata-se de uma simples questão lógica a ser observada: se a pena não pode ser aumentada pela situação de maior gravidade que seria a reincidência, também não pode ser aumentada pelos maus antecedentes. Ao defender a correta interpretação dos antecedentes segundo a ordem constitucional democrática, Cezar Bitencourt (2012, p. 755-756) preleciona:

Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho, *in verbis*: “o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos — delimitação temporal da reincidência —, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal”.

Destaca-se que a repercussão geral deste tema foi conhecida no Recurso Extraordinário nº 593.818/SC em 2009, encontrando-se atualmente sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, mas pendente de julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal desde então. Embora o assunto ainda não tenha sido definido pelo Plenário, a 2ª Turma da Suprema Corte vêm adotando o posicionamento de se aplicar aos maus antecedentes o critério de temporalidade vinculado ao instituto da reincidência. Vejam-se os seguintes julgados:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Condenação. Tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06). Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (1.240 g de crack). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. Valoração negativa de condenações transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos como maus antecedentes. Impossibilidade. Aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Precedentes. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. 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 não caracteriza Maus Antecedentes. 3. Ordem concedida tão somente para determinar ao juízo da execução competente que, afastado o aumento decorrente da valoração como Maus Antecedentes de condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente nos autos do processo nº 02411025822-5.

(HC 132600, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 27-05-2016 PUBLIC 30-05-2016)

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. 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, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. (HC 126315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 04-12-2015 PUBLIC 07-12-2015)

EMENTA Habeas corpus. Crimes de moeda falsa e falsificação de sinal público (arts. 289, § 1º, c/c os arts. 29 e 71, e art. 296, II, e § 1º, III, todos do CP). Pena. Dosimetria. Pena-base. Majoração. Antecedentes. Valoração negativa com base em inquéritos policiais, processos em andamento, absolvições ou condenações extintas há mais de cinco anos. Inadmissibilidade. Ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Precedentes. Inteligência do art. 64, I, do Código Penal. Impossibilidade de se qualificarem aquelas mesmas situações jurídicas como má conduta social ou personalidade desfavorável. Precedente. Valoração negativa de um mesmo fato a título de circunstância do crime e de personalidade desfavorável. Inadmissibilidade. Bis in idem. Ilegalidade flagrante caracterizada. Ordem de habeas corpus concedida. 1. Inquéritos policiais, processos em andamento, absolvições ou condenações criminais extintas há mais de cinco anos não podem ser valorados negativamente na fixação da pena-base, a título de Maus Antecedentes, conduta social ou personalidade desfavoráveis, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Precedentes. 2. O legislador ordinário, dentro de sua liberdade de conformação, estabeleceu que o decurso do prazo de mais de cinco anos, contado da data do cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I, CP), é suficiente para expiar qualquer consequência negativa da condenação criminal que pudesse repercutir na dosimetria da pena. 3. Se condenações alcançadas pelo quinquênio depurador não geram reincidência, também não podem ser valoradas negativamente na dosimetria da pena a título de Maus Antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada à prática de crimes. Precedente. 4. A valoração negativa de um mesmo fato, na fixação da pena-base, como circunstância do crime e como personalidade desfavorável constitui indevido bis in idem. 5. Ordem de habeas corpus concedida para se decotar da pena-base os vetores da conduta social e personalidade desfavorável, determinando-se ao juízo das execuções que proceda ao redimensionamento das penas impostas ao paciente. (HC 125586, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 14-12-2015 PUBLIC 15-12-2015)

Cabe, ainda que brevemente, a análise de alguns ensinamentos extraídos do julgamento do HC 126.315, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual teve seu voto acompanhado pelos

ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, ficando vencidos a ministra Carmem Lúcia e o ministro Teori Zavascki. O caso trata de *habeas corpus* impetrado pela defesa visando o reconhecimento que as condenações transitadas em julgado cujo prazo previsto no inciso I do artigo 64 do Código Penal tenha sido alcançado não podem fundamentar a exasperação da pena pelos antecedentes.

Válida a transcrição de trecho da manifestação do relator, que traduz as palavras proferidas pelo professor Luiz Luisi no Seminário Internacional “O Tribunal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 30.9.99, sobre o alcance do princípio da vedação das penas perpétuas:

Especificamente quanto à proibição constitucional das penas de caráter perpétuo é preciso ressaltar a sua inserção no título dos direitos e garantias individuais. É de se enfatizar que não se trata de um princípio, mas de uma verdadeira regra, embora esta se embase em um princípio. É necessário relevar que no caput do art. 5º, da Constituição vigente, no qual estão enumerados os direitos e deveres individuais e coletivos, está consagrada a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É óbvio que consagrada constitucionalmente a inviolabilidade da liberdade, a sua privação e restrição há de ter caráter excepcional, notoriamente quando presentes exigências de proteção de outros direitos invioláveis, ou seja, da vida, da propriedade e da segurança. A tutela desses bens impõe, quando gravemente ofendidos, e as outras sanções que se revelem impotentes, o sacrifício da liberdade. Mas é logicamente evidente que a possibilidade de supressão total de liberdade, ou seja, a supressão perpétua de liberdade implica negar a sua inviolabilidade. Não é concebível a inviolabilidade da liberdade sem que se impeça a possibilidade de sua integral eliminação. Proibir, pois, as penas perpétuas, como o faz expressamente a nossa Constituição, é um consectário necessário do princípio, também constitucional, da inviolabilidade da liberdade.

Acresce, ainda, que o princípio da humanidade permeia a Constituição brasileira vigente. A sua presença é evidente em uma série de incisos do art. 5º. Basta lembrar que são disposições constitucionais ser assegurado aos presos a integridade física e moral, a proibição de pena de trabalhos forçados, as cruéis, e outras similares. Destarte a proibição de penas perpétuas é um corolário da orientação humanitária.⁷⁶

A partir desses ensinamentos, o ministro Marco Aurélio entende que se o objetivo principal do afastamento da pena perpétua é possibilitar a reintegração do apenado à sociedade, esta lógica deve ser estendida aos maus antecedentes. Seus argumentos principais para que, decorridos mais de cinco anos desde a extinção da condenação anterior, não seja possível o reconhecimento de maus antecedentes são: (i) a razão de ser do art. 64, I, do CP é a de apagar da vida do indivíduo os erros do seu passado, tendo em vista o cumprimento da

⁷⁶ In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 126.315*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, p. 6-7.

pena, de modo que não seja possível se admitir que uma condenação tenha caráter perpétuo, sob pena de violação de princípios constitucionais e legais, dos quais se destaca o da ressocialização da pena; (ii) a consideração dos maus antecedentes de forma negativa, ausente uma limitação temporal, traduz-se como pena de caráter perpétuo sob a roupagem legal; (iii) o agravamento da pena-base fundamentado em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, por não encontrar previsão legal, nem constitucional, configura analogia *in malam partem*, método integrativo vedado no ordenamento jurídico; e, (iv) ao indivíduo assiste o direito ao esquecimento, ou “direito de ser deixado em paz”, que apesar de posições contrárias, encontra também respaldo na seara penal, caracterizado como um direito fundamental implícito, corolário da vedação à pena perpétua e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.⁷⁷

Entende-se, consoante a posição adotada pelo relator, que existe suporte constitucional suficiente para que os efeitos dos maus antecedentes sejam limitados no tempo, a fim de que haja o devido respeito à vedação constitucional da perpetuidade das penas. Assim, por uma interpretação conjunta e harmônica de todos os princípios estudados no presente trabalho, de acordo com o que emana um Estado Democrático de Direito, adota-se o entendimento que somente as condenações anteriores com trânsito em julgado e que não tenham alcançado o prazo prescricional de cinco anos a partir do seu cumprimento ou extinção é que deveriam ser consideradas em desfavor ao sentenciado na fixação da pena-base.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 126.315*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, p. 6-8.

CONCLUSÃO

O estudo acerca da evolução jurisprudencial dos antecedentes no âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal e dos princípios constitucionais atrelados à sua definição para fim de aplicação da pena, destacando-se os princípios penais fundamentais da individualização da pena, da igualdade e da presunção de inocência, revela uma instabilidade no ordenamento jurídico pátrio em termos de segurança jurídica e tutela de garantias.

Primeiro, questiona-se a efetividade do papel desempenhado pelo Supremo como intérprete e garantidor das normas constitucionais. Observando os julgados da Suprema Corte sobre a possibilidade de inquéritos e ações penais em curso configurarem maus antecedentes para exasperação da pena-base fica evidente: (i) a relevância da alteração na composição do órgão para as decisões; (ii) a utilização de argumentos não estabelecidos na própria Constituição para delimitar o alcance de princípios e garantias constitucionais; e, (iii) a insegurança gerada pela Corte quanto à proteção de direitos inerentes aos indivíduos pela alteração de entendimento numa mesma matéria jurídica.

Em 2014, ao apreciar o RE 591.054, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese que inquéritos e ações penais em andamento não teriam o condão necessário para caracterizarem antecedentes no momento de fixação da pena-base, diante do alcance dado à garantia constitucional da presunção de inocência que emana a interpretação de que todos devem ser considerados inocentes até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Embora tenha adotado o entendimento correto, o caminho até a consolidação do entendimento foi longo.

A Constituição Federal de 1988 foi clara ao adotar expressamente o princípio da presunção de inocência de forma vinculada ao trânsito em julgado. Mesmo que o princípio seja atrelado apenas à comprovação de culpa na previsão do Pacto de São José da Costa Rica, o texto da Carta Magna foi mais abrangente e o seu conteúdo detém um status de superioridade em relação à norma internalizada, não devendo ser admitida qualquer interpretação que acarrete numa flexibilização ou restrição do princípio. E mais, quando o assunto é a defesa de direitos fundamentais, se existem duas previsões normativas que disciplinam a mesma garantia, de modo a permitir interpretações diferenciadas, a orientação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, como da Corte Interamericana, é de que seja

adotada a corrente mais benéfica ao homem. Trata-se do princípio chamado “*pro homine*”. Não há dúvidas de qual entendimento em relação à presunção de inocência assegura uma maior proteção ao cidadão e seu direito à liberdade.

O fato é que ao Supremo Tribunal Federal incumbe o dever de interpretar os preceitos constitucionais e realizar um exame de compatibilidade de todas as normas vigentes com o que prevê a Carta Constitucional, de forma que os resultados jurisdicionais estejam voltados para a tutela máxima de direitos e garantias. Atenta-se que a função da Suprema Corte, ao analisar o direito infraconstitucional, deveria se direcionar sempre a um sentido que assegure a máxima efetividade dos princípios e garantias fundamentais.

Entretanto, em matéria penal, observa-se que o Supremo Tribunal Federal encontra uma dificuldade em relação ao seu enfrentamento e, quando se trata especificamente de aplicação e execução da pena, parece que esta situação torna-se ainda mais evidente. Atenta-se que o problema quanto à delimitação de institutos penais se dá a partir da complexidade que encontra em verificar os núcleos de proteção das garantias constitucionais. Assim, seguindo a idéia da adoção do texto constitucional como parâmetro, constata-se que a problemática jurisprudencial pertinente aos antecedentes tem origem no modo que o Supremo delimita o conteúdo dos princípios fundamentais a eles vinculados. Sobretudo, no modo que cada ministro os interpreta.

Ao longo da década de 90, o Supremo Tribunal Federal entendia que inquéritos e ações penais poderiam ser considerados como maus antecedentes, sob o prisma do princípio da individualização da pena, e que tal consideração não ensejava a violação do princípio da presunção de inocência. À época, os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio já eram contrários a essa interpretação. Com a renovação na composição do Tribunal, o pensamento ora vencido acerca dos antecedentes começou a ganhar mais adeptos, e assim, passou a ganhar espaço nas decisões das turmas. Ocorre que a alteração na forma como cada órgão fracionário era composto resultou na seguinte situação: a existência de divergência quanto à matéria nas turmas do Supremo Tribunal Federal durante os anos 2000. Até que em 2014, finalmente a questão foi assentada pelo Plenário no sentido que, pelo entendimento extraído acerca do princípio e garantia da presunção de inocência, inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes para aplicação da pena.

Já em 2015, apesar do Plenário reproduzir essa lógica no julgamento conjunto dos *Hábeas Corpus* nº 94.620 e nº 94.680, gerou-se entre a maioria dos ministros uma insatisfação quanto à aplicação da tese anteriormente firmada, isto porque o ministro Luiz Edson Fachin passou a fazer parte da composição da Corte e se posicionou contrariamente à impossibilidade de inquéritos e ações penais em curso configurarem maus antecedentes, e o ministro Teori Zavascki, mudando sua postura, tornou-se adepto desta corrente. No feito, fora aventada até a possibilidade de ser instituído no ordenamento jurídico um instrumento apto a permitir a revisão das decisões firmadas em sede de processos afetados pela repercussão geral, e o que mais chama a atenção é que, apesar de toda a discussão sobre a necessidade da matéria ser revista, nenhum argumento jurídico constitucional que não houvesse sido enfrentado no exame do RE 591.054 foi invocado.

Apenas defendeu-se que poderia haver um critério objetivo para delimitar os antecedentes de forma a não ensejar a violação à presunção de inocência, qual seja a existência de uma sentença penal condenatória, ainda que não transitada em julgado, e refletiu-se sobre uma possível revisão a ser feita no alcance da presunção de inocência, de modo a não continuar vinculada ao trânsito em julgado, para fins de execução da pena, sob a constatação que muitos processos não chegam a uma conclusão pela procrastinação das defesas. Cabe mencionar ainda que fora atribuída a tarefa de se identificar um recurso relacionado ao tema dos antecedentes, para que uma vez reconhecida a repercussão geral, a matéria pudesse ser reanalisada.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução da pena confirmada em 2ª instância não fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Esta decisão revela-se de extrema importância, pois, conforme apresentado no capítulo que faz um breve estudo dos argumentos que culminaram nessa posição, a garantia de ser considerado inocente até o trânsito em julgado foi considerada como passível de gradação de acordo com as instâncias jurisdicionais, sob justificativas construídas na necessidade em se dar maior efetividade à justiça penal brasileira, sendo identificada a alteração de entendimentos dos ministros Luis Roberto Barroso e Gilmar Mendes quanto ao tema. Ressalta-se que, embora o presente trabalho tenha se dedicado ao estudo dos antecedentes, o novo alcance dado à presunção de inocência revela o ambiente de insegurança jurídica gerada quanto à extensão e eficácia atribuídas aos princípios e garantias constitucionais.

Com base nesta mudança, não se quer afirmar que o Supremo Tribunal Federal necessariamente irá mudar sua posição quanto ao alcance dos antecedentes, porém esta hipótese não seria impossível de acontecer, uma vez já evidenciado o retrocesso em termos de garantias fundamentais sem que o próprio texto constitucional indique a adoção de restrições. Observa-se que, seguindo a lógica adotada acerca da possibilidade de gradação da presunção de inocência, em sede pré-processual, esta ensejaria a máxima proteção do indivíduo pelo princípio, mas a partir da existência de uma sentença penal condenatória, o núcleo protetivo começaria a ser esvaziado. Percebe-se que este raciocínio levaria ao seguinte resultado: a impossibilidade de inquéritos policiais serem caracterizados como maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência, todavia, a existência de sentença penal condenatória confirmada em segunda instância não produziria o mesmo efeito.

A evolução da jurisprudência dominante em relação aos antecedentes traz à tona não só a questão da influência da composição da Suprema Corte sob as decisões, mas também a imprescindibilidade de verificação da legitimidade dos argumentos utilizados para se firmar ou alterar um entendimento compatível com aquilo que o texto constitucional expressamente prevê e exige. Por isso, fora feita a proposta de análise dos antecedentes segundo os princípios constitucionais da presunção da inocência, da individualização da pena e da igualdade, extraídos como fundamentos dos votos do julgamento do RE 591.054.

Pôde-se perceber que os princípios da individualização da pena e da igualdade foram utilizados para sustentar a mesma idéia, basicamente de que um sujeito que detenha várias anotações em sua ficha criminal não deve ser tratado da mesma forma que alguém que nunca tenha cometido um delito. Contudo, não fora feita uma elucidação concreta e suficiente no citado julgamento de forma a ensejar o afastamento da presunção de inocência através desses princípios. Quando observados sistematicamente, infere-se que, ao invés de acarretarem na exclusão da vinculação da presunção de inocência aos antecedentes, servem como instrumentos para que a mesma seja efetivada e, assim, as garantias do indivíduo de ter a pena individualizada, receber tratamento igualitário sob o ponto de vista material e ser considerado inocente até o trânsito em julgado sejam respeitadas.

O princípio da individualização da pena, ao ser incorporado na Carta Magna de 1988, surge como uma verdadeira limitação ao arbítrio estatal, de modo que ao indivíduo passam a ser assegurados critérios estabelecidos na forma da lei para a imposição da pena. E mais,

critérios que permitam que cada pessoa receba uma sanção na medida das circunstâncias do fato delituoso, impedindo-se que a alguém seja imputada uma pena genérica, sem que possa ser objeto de controle. Ora, uma vez consignados na legislação infraconstitucional como passíveis de consideração para exasperação da pena-base, os antecedentes são passíveis de valoração. Todavia, isso não quer dizer que a uma circunstância que não tem conceitos delimitados pela própria lei penal pode ser dada uma interpretação extensiva que viole outras garantias previstas constitucionalmente. Pelo contrário, os mecanismos estabelecidos na legislação penal devem ser interpretados sob a coexistência harmônica dos preceitos estabelecidos no texto constitucional.

Ao se estudar o princípio da igualdade, segundo a ordem constitucional brasileira, identifica-se que o seu conteúdo proíbe a utilização de critérios diferenciadores para se estabelecer tratamentos iguais ou desiguais entre os indivíduos pautados na injustiça e na violação da dignidade da pessoa humana e destaca-se que o princípio da presunção de inocência é decorrente justamente da necessidade da pessoa ser tratada como inocente até que o trânsito em julgado da condenação ateste o contrário. Nesse sentido, duas pessoas, ainda que o histórico criminal de cada uma delas seja diferentes, porém ausente uma sentença penal transitada em julgada, estão na mesma situação jurídica amparada pela presunção de inocência. Se adotar a lógica que este sujeito que tenha mais anotações criminais, deve ter a pena sopesada em razão somente disso, questiona-se o fim que realmente se pretende atingir através dos antecedentes.

A crítica não reside no fato de os princípios da individualização da pena e da igualdade serem invocados para se tentar delimitar o que pode ou não ser considerado como maus antecedentes, mas no fato destes parecerem servir no julgamento apreciado como embasamento para se chegar, na verdade, a uma punição de quem é bom ou mal sob a ótica do comportamento do indivíduo na sociedade, e não para assegurar que o mesmo seja submetido a uma pena individualizada, no sentido de não ser arbitrária, e possa ser tratado de forma igualitária sob o ponto de vista material. Estes princípios, em suas razões de ser, se direcionam a concretizar a situação jurídica dos indivíduos como sujeitos de direitos, não sendo adequado que sejam utilizados pra legitimar fins de controle social.

Acertadamente, no julgamento do RE 591.054, os votos a favor de inquéritos e ações penais serem considerados como maus antecedentes foram vencidos, não pela inobservância

dos princípios da individualização da pena e da igualdade, mas pela importância do princípio do princípio da presunção de inocência, que não podia ser ignorada, de forma que o resultado representou o respeito a todos os princípios então enunciados. O voto do ministro Celso de Mello demonstrou os desdobramentos históricos e jurídicos acerca da presunção de inocência, já defendendo a vinculação da garantia ao trânsito em julgado e a impossibilidade de restrição do seu conteúdo por gradação de instâncias.

Cabe ainda mencionar que quando se atrela o princípio da presunção de inocência ao princípio da limitação das penas, mais especificamente à vedação da pena perpétua, sustenta-se que só podem ser consideradas como maus antecedentes as sentenças penais condenatórias irrecorríveis cujos efeitos sejam limitados ao prazo depurador de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal.

Este raciocínio é construído a partir do caráter perpétuo atrelado ao instituto quando não submetidos a um limite temporal. O princípio da limitação das penas veda, entre outras espécies, a existência de pena perpétua no ordenamento jurídico pátrio, entendendo-se que em decorrência desta vedação também não pode haver outras conseqüências penais com efeitos perpétuos. Assim, uma solução com vistas a impedir a violação desse princípio seria a utilização do prazo que impede a aplicação da reincidência de forma análoga aos antecedentes. Quando se permite que os fatores inaptos à configuração da reincidência por atingirem o prazo prescricional sejam computados como antecedentes, se está na verdade aplicando a reincidência, ainda que travestida sob outro instituto. E se o legislador não autoriza que a situação mais gravosa, qual seja a reincidência, enseje o aumento da pena, defende-se que atingido o lapso temporal de cinco anos do cumprimento ou extinção da sentença penal condenatória transitada em julgado, esta não pode agravar a pena a ser imposta ao condenado a título de maus antecedentes.

A matéria ainda não foi delimitada pelo Supremo Tribunal Federal, restando pendente o julgamento do RE 593.818, com repercussão geral, que trata do assunto. Não obstante, a posição que vem predominando na 2ª Turma da Suprema Corte é no sentido da necessidade de reconhecimento que o indivíduo não pode ser penalizado de forma eterna pelo seu passado, sendo impossível que os efeitos de uma condenação já cumprida ou extinta perdurem indefinidamente em sua vida. O ministro Celso de Mello adota a seguinte posição, defendida no presente trabalho:

É que, decorrido o período de 5 (cinco) anos a que se refere a norma legal em questão, não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de condenações anteriores, a significar, portanto, que se mostrará ilegal qualquer valoração desfavorável ao acusado que repercuta, de modo gravoso, na operação de dosimetria penal [...]⁷⁸

Portanto, ao ser feita uma interpretação dos antecedentes segundo o texto constitucional que prevê expressamente os princípios da presunção de inocência, da igualdade, da individualização e da limitação da pena, em destaque o da vedação das penas perpétuas, conclui-se que a possibilidade mais adequada para estes serem valorados na dosimetria da pena é diante da existência de anterior condenação transitada em julgada cujo prazo de cumprimento ou extinção não tenha ultrapassado cinco anos, em analogia ao prazo depurador aplicado ao instituto da reincidência. Não se pode negar que este entendimento acarreta o esvaziamento do conteúdo dos antecedentes. O julgador, embora analise na primeira etapa as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve realizar a aplicação da pena de forma prospectiva, atentando se os elementos do fato concreto ensejarão a consideração de agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou diminuição. Observa-se que, conforme já explicado, os antecedentes detêm uma imprecisão conceitual, por falta de previsão legal, cabendo à doutrina e à jurisprudência a sua delimitação, ao contrário da reincidência cuja hipótese de incidência é precisamente delimitada pelo legislador.

Quando se chega à conclusão que somente as sentenças penais irrecorríveis limitadas ao prazo de cinco anos desde o seu cumprimento ou extinção até a data da prática do delito apurado que prestam para consideração de maus antecedentes, verifica-se que ocorre uma compatibilidade do seu conteúdo ao da reincidência, e uma vez esta aplicada nada restaria a ser computado a título de antecedentes. Isto porque é vedada no ordenamento jurídico a sanção dupla pelo mesmo fundamento. Então, a tentativa de se atribuir aos antecedentes criminais uma interpretação conforme os princípios e garantias constitucionais pode resultar, na prática, numa não valoração do instituto, mas talvez esse seja o sacrifício a ser feito a fim de que a legislação penal se encontre materialmente compatível à Constituição e que a pena seja resultado de um direito penal voltado para a tutela máxima dos direitos inerentes aos acusados.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 126315*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, p. 33.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das Penas*. 3ª ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral, I*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____.; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. *Consultor Jurídico*, 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 29 abr. 2017

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017

BRASIL. *Decreto-Lei nº 678 de 06 de novembro de 1992*. Pacto de São José da Costa Rica. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13. jun. 2017

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 13 jun. 2017

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 1997. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso: 13 jun.2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 444*. Edição: RSTJ vol. 218 p. 712.

Disponível em:

http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=444&ref=&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=null&thesaurus=null&p=true&operador=e&processo=&livreMinistro=&relator=&data_inicial=&data_final=&tipo_data=DTDE&livreOrgaoJulgador=&orgao=&ementa=&siglajud=&numero_leg=&tipo1=&numero_art1=&tipo2=&numero_art2=&tipo3=&numero_art3=¬a=&b=SUMU > . Acesso em 13. jun. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF decide que processos penais em curso não podem ser considerados maus antecedentes*. 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282183&caixaBusca=N>>. Acesso em: 04 abr. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Concedido HC para afastar aumento de pena decorrente de procedimentos penais em curso*. 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282183&caixaBusca=N>>. Acesso em: 04 abr. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *2ª Turma: antecedentes não interferem na análise da conduta social de condenado*. 2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316296&caixaBusca=N>. Acesso em: 04 abr. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo eletrônico RE nº 591.054/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Sandro Gasparini. Santa Catarina, distribuído em 01 de outubro de 2018. Disponível

em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2631969>>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> . Acesso em: 04 abr. 2017.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. ; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação de pena e garantismo*. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO. Significado de Antecedente. Publicado em 24-09-2016, revisado em 27-02-2017. Disponível em:<<https://dicionariodoaurelio.com/antecedente>>. Acesso em: 03 jun. 2017

MACHADO, José Roberto. *Blog Ebeji*. Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso. 6 nov. 2014. Disponível em: < <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>, Acesso em: 29 abr. 2017

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2013.