

OS MAUS ANTECEDENTES E A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

BRUNO CORRÊA GANGONI *

O que pode ser considerado como maus antecedentes pelo juiz como circunstâncias judiciais (art. 59, CP) no momento da fixação da pena é um dos temas mais controvertidos na seara criminal. O objetivo desse trabalho é trazer um novo parâmetro para o que pode ser considerado pelo juiz na fixação da pena como maus antecedentes, qual seja, a sentença condenatória de 1ª grau.

Antecedentes são os fatos anteriores, bons ou ruins, praticados pelo réu. Uma primeira corrente conceitua maus antecedentes como sendo "aqueles fatos que merecem reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos"¹. Para essa corrente, admitir que inquéritos instaurados, processos criminais em andamento, absolvições por falta de provas, prescrições abstratas possam servir como antecedentes negativos não viola o princípio constitucional da presunção de inocência².

Outra corrente, que atualmente predomina no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiro, conceitua maus antecedentes como "o histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência"³. Por tal linha doutrinária, apenas as condenações transitadas em julgado que não sirvam para agravar a pena pela reincidência é que poderão ser levadas em consideração a título de maus antecedentes.

No SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL prevalecia a orientação de que inquéritos instaurados e processos criminais em andamento poderiam ser considera-

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal: Parte Geral, volume 1*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 516.

2. Idem HUNGRIA, Nelson, *O arbítrio judicial na medida da pena*, Revista Forense, n. 90/12, jan. 1943, *apud* BITENCOURT, op. cit. p. 516.

3. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 626.

dos a título de maus antecedentes⁴. Contudo, com as mudanças que se sucederam em sua composição, a Suprema Corte mudou diametralmente sua orientação e passou a se filiar à segunda corrente, o que trouxe reflexos imediatos em todos os demais Tribunais do país. Atualmente, para o STF, onde a questão está para ser decidida em matéria de repercussão geral em Recurso Extraordinário⁵ a consideração de inquéritos instaurados e processos criminais em andamento como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu ofende o princípio da presunção de inocência, conforme aresto a seguir colacionado:

Presunção constitucional de não-culpabilidade (cf, art. 5º, LVII). Mera existência de inquéritos policiais em curso (ou arquivados), ou de processos penais em andamento, ou de sentença condenatória ainda suscetível de impugnação recursal. Ausência, em tais situações, de título penal condenatório irrecorrível. Conseqüente impossibilidade de formulação, contra o réu, com base em episódios processuais ainda não concluídos, de juízo de maus antecedentes. Pretendida cassação da ordem de 'habeas corpus'. Postulação recursal inacolhível. Recurso extraordinário improvido⁶.

Discordamos de ambas as orientações e apresentamos nossa posição intermediária.

Data vênia, afirmar, como fez a Corte Constitucional, que a consideração de processos judiciais em andamento ofende o princípio constitucional da pre-

4. À guisa de exemplo, temos o seguinte acórdão: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ementa: Habeas-Corpus. Homicídio triplamente qualificado. Concursos material (destruição de cadáver) e de pessoas. Agravamento da pena-base: maus antecedentes, etc. (CP, art. 59, "caput"). Exasperação da pena no julgamento do apelo da acusação: critério trifásico (CP, art. 68). 1. **Pena-base agravada em um ano de reclusão (1/12) em face dos maus antecedentes do paciente, comprovados por alentada folha onde constam diversos inquéritos em andamento e uma condenação ainda não trânsita em julgado, e, ainda, em face da conduta social, da personalidade voltada para o crime, pelos motivos do crime e sua forma de execução e pela evidente reprovabilidade.** Concurso de três qualificadoras: uma utilizada para qualificar o homicídio e duas consideradas como circunstâncias judiciais para o aumento de 2 anos da pena de reclusão. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido nesta parte; voto vencido do Relator, que anulava sentença do Juiz Presidente do Tribunal do Júri. 2. "Habeas-corpus" deferido em parte, à unanimidade, para anular o acórdão na parte em que exasperou a pena do paciente, determinando-se que outro seja lavrado, nesta parte, com observância do critério trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal. Habeas Corpus nº 72.130/RJ, Relator Min. Maurício Corrêa, j. 22/04/1996.

5. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ementa: Criminal - Circunstâncias Judiciais - Artigo 59 do Código Penal - Processos em curso - Presunção de não-culpabilidade - Alcance. Possui repercussão geral controversa sobre a possibilidade de processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não-culpabilidade. Recurso Extraordinário nº nº 591.054/SC. Relator Min. Marco Aurélio, j. em 23/10/2008.

6. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 96618/SP. Relator Min. Celso de Mello.

sanção de inocência é negar efetividade a outro princípio constitucional, o princípio da individualização da pena (art.5º, XLVI, CF). O Supremo Tribunal Federal, ao invés de ponderar os princípios em testilha como determinam as técnicas hermenêuticas, optou pela aplicação extremada do princípio da não-culpabilidade em detrimento do princípio da individualização da pena, esvaziando-o por completo.

O princípio da individualização da pena significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente, e da vítima. Ou seja, deve haver uma adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito (aspecto negativo). **Mas há um outro lado! É através da correta individualização da pena, com a exasperação que se faz necessária no caso concreto, que o Estado cumpre o seu dever proteger o cidadão da convivência nociva com o contumaz violador das normas penais (aspecto positivo).**

Se por um lado, não há como negar que a consideração como maus antecedentes de inquéritos policiais arquivados, absolvições e processos ainda pendentes da primeira decisão de mérito não podem ser considerados como maus antecedentes sob pena de frontal violação ao princípio da não culpabilidade, **a partir da prolação de uma sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, tal fato já poderá ser sim considerado para efeitos de maus antecedentes no julgamento de outro processo.** E não se pode mais afirmar a violação ao princípio da presunção de inocência porque já existe uma sentença de mérito de cunho condenatório, **o que transforma a presunção de inocência em presunção de culpabilidade.**

A nosso sentir, ter como parâmetro para a consideração de maus antecedentes a existência de sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, é a perfeita harmonização entre o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), em seu aspecto positivo.

O Estado foi incumbido do dever de salvaguardar a coletividade, de **proteger de forma eficiente** o cidadão, e o faz também por meio da persecução penal. Desconsiderar os maus antecedentes daquele cuja sentença condenatória pende de trânsito em julgado significa também afrontar o princípio da individualização da pena.

Não se pode tratar isonomicamente (e o princípio da individualização da pena é um consecutório do princípio da isonomia) pessoas que registram diversas condenações em sua folha penal daquelas que estão, pela primeira vez, envolvidas em um processo criminal. Deve-se, portanto, igualar os iguais, desigualando os desiguais, sendo a razão de desigualdade exatamente a presença de condenações criminais, ainda que não transitadas em julgado.

Defendemos, portanto, que a existência de processos onde já haja uma primeira sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, possa

ser considerado como maus antecedentes; e não haveria aí violação ao princípio da presunção de inocência⁷ eis que a presunção passaria a ser de culpabilidade. Busca-se, assim, conferir maior importância à sentença condenatória de 1ª instância, cujos efeitos atualmente são muito estreitos.

7. Merece, nesse aspecto, nossos elogios a “Lei da Ficha Limpa” (LC 135/2010), que tornou inelegíveis aqueles que forem condenados pelos crimes ali especificados, mesmo que não haja trânsito em julgado da decisão condenatória. Como se sabe, a proposta original de tornar inelegível o candidato a partir da condenação em 1ª instância sofreu emenda durante o processo legislativo, sendo que pela redação final somente a decisão de órgão colegiado produz tal efeito. Não deixou de ser, contudo, um grande avanço, avanço esse que só foi possível graças à iniciativa popular responsável pelo encaminhamento do projeto de lei ao Congresso Nacional. Temos, portanto, na “Lei da Ficha Limpa”, uma hipótese onde mesmo a decisão condenatória não tendo transitado em julgado, ela produz o drástico (mas necessário) efeito de tornar inelegível um cidadão.