
**MAUS ANTECEDENTES DECORRENTES DE ACÓRDÃOS
CONDENATÓRIOS PROLATADOS EM GRAU RECURSAL ANTES
DO TRÂNSITO EM JULGADO¹**

***CRIMINAL ANTECEDENTS” RESULTING FROM APPEALED
CONDEMNATORY JUDGMENTS BEFORE THE FINAL DECISION***

RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, em programa conjunto com a Universidade de Wisconsin-Madison (EUA). Professor na Pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público, na Universidade Anhanguera. E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

RESUMO

Objetivo: a proposta de (re)pensar a caracterização dos “maus antecedentes” revela-se de grande utilidade para uma compreensão mais profunda dos efeitos dos recursos, pois inaugura um novo enfoque que prioriza o questionamento acerca do próprio fenômeno de aplicação da pena.

Metodologia: o presente estudo faz uso do raciocínio hipotético-dedutivo, valendo-se de dados de natureza primária (jurisprudência) e secundária (entendimentos doutrinários).

Resultados: deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 59, do Código Penal, para permitir o reconhecimento de “maus antecedentes” a réus condenados definitivamente em segundo grau antes do trânsito julgado, conferindo máxima eficácia aos princípios da isonomia, da individualização da pena, da efetividade do Direito Penal e da vedação à proteção insuficiente aos bens jurídico-penais.

¹ O presente estudo é fruto de tese encaminhada ao “III Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo” e aprovada de forma unânime pelos congressistas.



Contribuições: O presente estudo traz como contribuição a o debate sobre o *overruling* promovido pelo STF em relação aos antigos precedentes relacionados à execução provisória da pena. O momento é oportuno para uma (re)leitura do instituto e para a fixação de um novo paradigma que permita a adequada exegese dos princípios constitucionais envolvidos, primando pela tutela dos interesses da sociedade.

Palavras-chave: Maus antecedentes; Aplicação da pena; Efetividade do Direito Penal.

ABSTRACT

Objective: *the proposal to re-think the characterization of "criminal antecedents" proves to be very useful for a deeper understanding of the effects of appellations, inaugurating a new approach which prioritizes the questioning about the phenomenon of punishment itself.*

Methodology: *the present study makes use of hypothetico-deductive reasoning, using data of primary (jurisprudence) and secondary (doctrinal understandings) nature.*

Results: *an interpretation according to the Constitution to article 59, of the Criminal Code, recognizes "criminal antecedents" to delinquents definitively condemned in second degree, conferring maximum effectiveness to the principles of isonomy, individualization of sentence, effectiveness of Criminal Law and prohibition of insufficient protection.*

Contributions: *The present study contributes to the debate on the overruling promoted by the Supreme Court in relation to the previous precedents related to the provisional execution of the sentence. The time is opportune for a (re)reading of the institute and for the creation of a new paradigm that allows the proper exegesis of the constitutional principles involved, strenging for the protection of the interests of society.*

Keywords: *Bad antecedents; Punishment enforcement; Effectiveness of Criminal Law.*

1 INTRODUÇÃO

Apesar da existência de diversa formas de controle social, o Direito Penal vem assumindo um papel especial na busca pela proteção a bens jurídicos. As modernas concepções de Direito Penal estão vinculadas às ideias de finalidade e função da



pena, por se tratar do meio mais característico de intervenção nesse campo do Direito (FERRAJOLI, 1995, 322). Entre o Abolicionismo e o Direito Penal Máximo, a pena vem prevista na Constituição e na legislação infraconstitucional e um dos grandes desafios da contemporaneidade continua a ser a sua aplicação justa e adequada ao caso concreto (SHECAIRA, 2004).²

No que concerne à sua aplicação, pode ser modificada em razão da incidência de inúmeros fatores e circunstâncias previstas na legislação. Adota-se um procedimento judicial de discricionariedade vinculada (LUIZI, 1991), que objetiva não só a reprovação e repressão à infração, mas também a ressocialização do condenado. Trata-se de critério discricionário, uma vez que o julgador possui certa liberdade ao valor fatos e circunstâncias na incidência da reprimenda. De outro, tem-se entendido que essa discricionariedade está vinculada a determinados limites fixados pela legislação. Segundo Hungria: “[...] o que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de cabra-cega [...]” (HUNGRIA, 1943).

Contudo, a dosimetria da pena não é mera operação aritmética, visto que exige também adequada fundamentação, amparada na demonstração de raciocínio lógico e coerente, esclarecendo como ocorreu a valoração de cada circunstância (MIR PUIG, 2002).

Mais especificamente no que diz respeito ao envolvimento anterior do agente com a criminalidade, a pena pode ser modificada com base em três fatores distintos: maus antecedentes (pena base), personalidade (pena base) e reincidência (pena provisória).

Sobre a personalidade e os antecedentes do réu, o artigo 59, do Código Penal, dispõe que:

² Nesse contexto, a pena pode ser conceituada como a resposta estatal (sanção) à prática de uma infração penal (crime ou contravenção), consistente na vedação ou restrição a um ou mais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, cujo objetivo é retribuir, ressocializar e evitar a prática de novos delitos. Por todos, conferir: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997. E ainda: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128 e seguintes.



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.

Regulamentando a matéria em relação à reincidência, dispõe o art. 63, do Código Penal: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Ainda sobre a reincidência, o artigo 7º, da Lei Contravenções Penais, estabelece que: “verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”.

O presente estudo pretende, à luz desses dispositivos e de recentes julgados do STF em relação à execução provisória de acórdão penal condenatório não transitado em julgado, realizar tarefa hercúlea – e por isso mesmo inesgotável nestas breves linhas –, sustentando a necessidade de se conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 59, do Código Penal, de modo a admitir o reconhecimento de maus antecedentes na hipótese de réus que praticaram novos delitos após condenados definitivamente em segundo grau, em atenção aos princípios da isonomia, da individualização da pena, da efetividade do Direito Penal e da vedação à proteção insuficiente aos bens jurídicos constitucionais.

Passemos à sua concretização.

2 REINCIDÊNCIA X MAUS ANTECEDENTES

A distinção entre os conceitos de maus antecedentes e reincidência não é simples e demanda análise não apenas dos diplomas normativos existentes, mas também incursão teórica em recentes decisões dos Tribunais Superiores.



Em relação à reincidência, são necessários basicamente dois requisitos para a sua configuração: a) o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior, salvo delitos militares próprios e políticos; e b) o cometimento de nova infração penal (crime ou contravenção). Assim, a partir de leitura atenta dos artigos 63 e 64, do Código Penal, depreende-se que será reincidente o agente que comete novo crime ou contravenção, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, não se considerando os crimes militares próprios e políticos.³

Observe-se que, a partir de leitura sistemática do artigo 7º, da Lei de Contravenções Penais, a condenação anterior por contravenção penal não é apta a gerar reincidência na hipótese de o agente praticar, após o seu trânsito em julgado, novo crime, embora a contravenção perpetrada após a condenação definitiva por outra contravenção caracterize a agravante.

Outra dúvida que pode surgir é saber se é relevante, para fins de reincidência, a natureza da pena aplicada (v.g., privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). E a resposta é negativa, razão pela qual a pena de multa e o tipo penal previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, também são aptos a gerar reincidência. Até mesmo quem tenha sido beneficiado com suspensão condicional da pena (*sursis*) será considerado reincidente se vier a praticar novo crime ou contravenção.

É importante observar, ainda, que se o agente pode ser considerado reincidente e portador de maus antecedentes em razão da prática do mesmo crime.

³ A prova da reincidência é feita, em regra, por meio de certidões dos procedimentos transitados em julgado, tendo os Tribunais Superiores flexibilizado recentemente esta exigência, admitindo a comprovação através de folha de antecedentes criminais. Nesse sentido: "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE COM BASE NA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. VIABILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PACIENTE QUE SE DEDICA AO COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. PENA DE RECLUSÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. A folha de antecedentes criminais é documento idôneo para comprovação da reincidência, sendo desnecessária a juntada de certidão da sentença condenatória transitada em julgado para o reconhecimento da agravante. Precedentes. (...)" (STF - RHC 118380/SP - 04/02/2014) E ainda: "A falta de certidão cartorária não impede a aplicação da agravante da reincidência, o que pode ser feito com base na folha de antecedentes" (STJ- HC 177.090-DJe 01/08/2013).



A resposta é negativa, sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido, o STJ firmou entendimento na Súmula 241, no sentido de que a “*reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial*”. Contudo, o agente será considerado reincidente e sofrerá o aumento decorrente dos maus antecedentes quando existirem duas condenações capazes de gerar a reincidência, visto que uma delas servirá para fundamentar a agravante, enquanto a outra será utilizada como mau antecedente.⁴

E mais: a depender do momento e da espécie de causa extintiva da punibilidade, o agente poderá ou não ser considerado reincidente quando praticar nova infração penal: se a causa extintiva da punibilidade é anterior ao trânsito em julgado, não gera reincidência (v.g., prescrição da pretensão punitiva). De outro modo, se a causa extintiva da punibilidade ocorreu após o trânsito em julgado, gera reincidência, salvo no que concerne à *abolitio criminis* e anistia.⁵

Frise-se, ainda, que o Código Penal estabelece que o agente que comete outra infração penal após o decurso de cinco anos da extinção ou do cumprimento da pena anterior não é reincidente (sistema da temporariedade). Nesse sentido, dispõe o artigo 64, inciso I, do Código Penal, que:

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.

Contudo, as condenações anteriores ostentadas pelo agente podem servir, segundo parte da jurisprudência, para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria. Isso porque o conceito de maus antecedentes reflete circunstância judicial que pode implicar na majoração da pena como decorrência da vida anterior do agente,

⁴ Nesse sentido: STJ - HC 139501/RJ - DJe 22/02/2010.

⁵ Sobre o perdão judicial, o artigo 120, do Código Penal, dispõe expressamente que “*A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência*”.



ou seja, a sua forma de portar e agir antes da prática do crime (BITENCOURT, 2012).⁶ Nesse sentido, a 1ª Turma do STF tem entendido que:

Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes (ARE 925.136 AgR/DF, j. 02/09/2016).

Contudo, a 2ª Turma do STF passou a sustentar que, decorrido o prazo de 05 anos, deve-se afastar não apenas a incidência da circunstância agravante (reincidência), mas também eventual aumento fundado na circunstância judicial (maus antecedentes), sob pena de os efeitos da condenação na vida do réu terem natureza perpétua. Vejamos:

Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II – Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos. (STF - HC 142.371/SC, j. 30/05/2017)

Em virtude da divergência, o STF reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 593.818/SC, embora no STJ a jurisprudência seja amplamente favorável à possibilidade de se considerar como maus antecedentes as condenações que não caracterizam a reincidência em virtude do lapso temporal de cinco anos.⁷

Ademais, os Tribunais Superiores têm entendido que não caracterizam maus antecedentes inquéritos e processos em andamento, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Nesse sentido, o STJ editou a Súmula 444, com o seguinte teor: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a

⁶ É irrelevante para a configuração dos maus antecedentes se a infração penal anteriormente perpetrada possui natureza de contravenção ou de crime, pois em ambos os casos o envolvimento anterior do agente com a criminalidade serve de fundamento para a majoração da pena na primeira fase da dosimetria.

⁷ Nesse sentido: HC 392.279/RJ, 5ª Turma, j. 13/06/2017.



pena-base.” O STF decidiu também, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral (591.054), que inquéritos e ações penais em curso não podem ser utilizados na definição dos antecedentes criminais.⁸

A doutrina, contudo, não é uníssona. Para Nelson Hungria (1976) e César Roberto Bittencourt (2012), quaisquer envolvimento anteriores na prática de delitos e que não sejam capazes de caracterizar a reincidência fazem parte do conceito de maus antecedentes:

A finalidade desse modulador, como os demais constantes do art. 59, é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa. 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 consideradas 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 irrecuráveis". (BITENCOURT, 2012)

Para os que entendem nesse sentido, o simples fato de o acusado responder a outros processos criminais, ter lavrado contra si boletins de ocorrência ou cometido crimes anteriores (que não sejam aptos a configurar a agravante da reincidência) deve implicar no aumento da pena base.

De outro modo, os Tribunais Superiores têm entendido que a prática de atos infracionais anteriores não pode ser utilizada para caracterizar maus antecedentes.⁹

⁸ “PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais.” (STF - RE 591054/SC - 17/12/2014).

⁹ Nesse sentido: “HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL PARA AUMENTO DA PENA. ATOS INFRACIONAIS QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS MAUS



E mais: o condenado por crime que só pode ser praticado por militar ou por crime político, embora não possa ser considerado reincidente, em razão do disposto no art. 64, II, do CP, será considerado portador de maus antecedentes.

Por fim, a sentença homologatória da transação penal não gera reincidência ou maus antecedentes, em conformidade como disposto no artigo 76, § 4º, Lei 9.099/95: “acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos” (BRASIL,1995).

Devidamente traçados os principais aspectos distintivos entre maus antecedentes e reincidência, passemos à análise da possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO NÃO TRANSITADO EM JULGADO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sofrido inúmeras modificações em relação à possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau.

No primeiro julgado sobre o tema após o advento da Constituição de 1.988, o Tribunal afirmou que a presunção de inocência não impedia a prisão antes do trânsito em julgado.¹⁰

Em 2009, nos autos do HC 84.078, a Corte modificou seu entendimento, assentando que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada a título cautelar. Do corpo do mencionado acórdão, depreende-se que decisão restou

ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. Omissis. 2. É firme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena base. 3. Ordem de habeas corpus concedida para fixar o regime aberto de cumprimento de pena para ambos os delitos pelos quais foi condenado o paciente.” (STJ - HC nº 249.015/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 23.4.13)

¹⁰ STF - HC 70.363 – DJU 08.06.1993.



amparada não apenas no princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, mas também no fato de que a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”.

No Habeas Corpus nº 126.292, o Supremo alterou o entendimento até então dominante, no sentido de que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em sede de apelação, confirma sentença penal condenatória, sob o argumento de que, ao término do julgamento em segundo grau, exaure-se o exame sobre os fatos e provas acostadas ao feito, em nítida concretização do princípio do duplo grau de jurisdição. Como os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramento do duplo grau, uma vez que não se prestam ao debate de fatos e provas, não podem servir para impedir a execução provisória da pena. E mais: a medida não compromete o núcleo essencial do princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, visto que as garantias e direitos do acusado são observados durante o trâmite do feito e o agente é tratado como inocente no curso do processo.

Posteriormente, o tema voltou a ser apreciado nas medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, ocasião em que o STF realizou interpretação conforme a Constituição do artigo 283, do Código de Processo Penal “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”, sustentando que o dispositivo não impede o início da execução da pena após condenação definitiva em segunda instância.

Devidamente traçada a posição hodierna do STF acerca da possibilidade de execução provisória de sentença penal condenatória, a dúvida que surge é se esse entendimento produz efeitos em relação ao conceito de Maus Antecedentes. É o que passaremos a expor no próximo tópico deste trabalho.



4 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE “MAUS ANTECEDENTES” PARA RÉUS CONDENADOS EM SEDE DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM GRAU RECURSAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

Conforme exposto no item “2” deste trabalho, não há dúvida de que o conceito de maus antecedentes tem sofrido significativo esvaziamento pela jurisprudência dos Tribunais Superiores nos últimos tempos, especialmente com o advento da Súmula 444, do STJ, e com a decisão prolatada pelo STF no Recurso Extraordinário nº 591.054.

Contudo, a recente decisão prolatada no Habeas Corpus nº 126.292, alterando o tratamento conferido à execução provisória da pena, veio modificar esse cenário.

A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário para apenas então receberem tratamento diferenciado na primeira fase da dosimetria da pena (maus antecedentes) enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos e a própria confiança da sociedade no sistema criminal, demandando uma releitura hodierna do instituto.

O tratamento de desprezo e desprestígio que tem sido dado aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais, como instâncias incapazes de aplicar o direito com competência e seriedade, é preocupante. Ou estes tribunais funcionam muito mal e precisamos voltar nossa atenção para eles; ou a crítica é injusta e deve ser revista. Em qualquer caso, a solução não é o modelo de processos que não terminam nunca.¹¹

O sistema punitivo não pode ser aplicado de forma extremada, mas precisa tratar os transgressores na medida de suas desigualdades: aqueles que apresentam envolvimento anteriores com a seara da criminalidade e cumprem pena provisória em razão de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal antes do trânsito em julgado não podem receber o mesmo tratamento dispensado àqueles que ainda não tiveram acesso ao duplo grau de jurisdição. É preciso, portanto, promover uma

¹¹ Medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 – Voto do Ministro Luis Roberto Barroso - 01.09.2016.



adaptação do instituto à nova jurisprudência do STF acerca da execução provisória da pena. Trata-se, em verdade, de decorrência da mutação constitucional realizada pelo Habeas Corpus n° 126.292, especialmente no que concerne à exegese do princípio da presunção de inocência.

Com efeito, a ausência de configuração de maus antecedentes após o julgamento final pelas instâncias ordinárias implica em três consequências negativas para a aplicação da pena. Em primeiro lugar, funciona como incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios pelo réu. Em segundo lugar, reforça a seletividade do sistema penal, visto que a possibilidade de recorrer extraordinariamente aproveita apenas àqueles com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los, o que não acontece com as camadas mais simples da sociedade. Em terceiro lugar, contribui para agravar o descrédito no Poder Judiciário, em razão da possibilidade de gerar eventual prescrição da pretensão punitiva e ainda o distanciamento temporal entre a prática do delito e a aplicação da sanção penal.¹²

A partir desses três fatores, a leitura conservadora do princípio da presunção de inocência, impedindo a majoração da pena na primeira fase da dosimetria quando já existe decisão definitiva em segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função), é incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), que deve ser interpretado de modo a garantir efetividade à lei penal e em prol dos bens jurídicos que visa resguardar. Em outras palavras, a caracterização de maus antecedentes após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade pela conjugação de três fundamentos, em muito similares aos utilizados pelo STF para sustentar a possibilidade de execução provisória da pena.¹³

¹² Sobre o tema, conferir o voto do Ministro Luis Roberto Barroso nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43 e 44 (01.09.2016).

¹³ Cf. Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43 e 44 – Voto do Ministro Luis Roberto Barroso - 01.09.2016.



Em primeiro lugar, a Constituição não condiciona os maus antecedentes – mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade e, portanto, a reincidência – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, o que não impede sejam levados em conta julgados em trâmite e pelos quais o agente venha cumprido pena provisória para a majoração de sua reprimenda. E mais: mesmo no âmbito infraconstitucional, apenas o artigo 63, do Código Penal, faz expressa referência ao trânsito julgado, inexistindo qualquer menção nos dispositivos que regulamentam os maus antecedentes.

Em segundo lugar, a presunção de inocência é princípio, motivo pelo qual deve ser objeto de ponderação à luz dos demais preceitos constitucionais, visto que inexistente princípio com eficácia absoluta. Na medida em que houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu com a prolação de acórdão condenatório em segundo grau, tendo inclusive esgotado a esfera disponível para a valoração dos fatos e das provas, o princípio da presunção de inocência deve ser relativizado em virtude do *telos* constitucional em conferir efetividade à lei penal e tutelar adequadamente bens jurídico-penais, dentre os quais inclui-se a segurança pública e a celeridade processual, previstos nos artigos 5º, *caput* e LXXVIII, e 144, da Constituição.

[...] embora a interpretação constitucional possa ser criadora, não pode jamais pretender alterar a substância do texto, o que equivaleria a realizar, de forma ilegítima, uma emenda constitucional – violando, por conseguinte, a congruência interna do ordenamento e impedindo que o jurisdicionado saiba como deva agir. O risco de agir à margem das disposições legais é grande e pode levar ao subjetivismo e à arbitrariedade, trazendo instabilidade e incerteza na aplicação do Direito. A Hermenêutica Constitucional não pode desconsiderar o próprio texto, sob pena de violar a garantia de mínima previsibilidade a que faz jus todo jurisdicionado.¹⁴

Em terceiro lugar, com o esgotamento das instâncias ordinárias, a majoração da pena passa a constituir exigência de sua individualização, da isonomia, da eficácia do Direito Penal e da proteção suficiente dos bens jurídicos. Ao aplicar a mesma pena

¹⁴ COSTA, Rafael de Oliveira. Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais. *Direito, Estado e Sociedade*, 2014, p. 131.



para réus que se encontrem em situações distintas – ou seja, um deles condenado em segundo grau de forma definitiva e em execução provisória, e outro que não tenha sido condenado pelo TJ ou pelo TRF competente –, viola-se a isonomia e deixa-se de individualizar a reprimenda. O Estado não pode, desconsiderando as peculiaridades de cada sujeito de direitos e o seu modo de agir, infligir reprimenda igual a infratores que apresentam vidas pregressas distintas. Ao desconsiderar os maus antecedentes inexistente fundamento, sob a égide do Estado Democrático de Direito, para que uma pessoa não condenada pelo Tribunal em grau recursal receba a mesma punição do que condenado definitivamente em grau recursal antes do trânsito em julgado.

Em suma, é preciso que a pena aplicada seja efetivamente individualizada segundo as circunstâncias do agente: 1) para aqueles ainda não condenados pelo Tribunal em grau recursal, não há falar em maus antecedentes ou reincidência; 2) para os réus condenados definitivamente em grau recursal antes do trânsito em julgado, deve-se majorar a reprimenda na primeira fase da dosimetria (maus antecedentes); 3) por fim, para os agentes que apresentam condenação definitiva transitada em julgado, a agravante da reincidência deve ser reconhecida.

Pondere-se que o novo posicionamento aqui sustentado não implica em interpretação mais gravosa da matéria, de modo que, assim como se veda à lei retroagir para prejudicar o réu (CF/1988, art. 5º, XXXIX e XV), o mesmo preceito deve ser observado quanto a eventuais alterações jurisprudenciais mais gravosas, às quais devem produzir efeitos após o advento do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança dos jurisdicionados.¹⁵ Ora, existe vedação constitucional à caracterização como crime de um ato que não estava tipificado à época em que praticado ou à aplicação de uma pena que não estava prevista em lei quando da ocorrência do delito. Todavia, é preciso observar que o novo entendimento aqui proposto não cria novo crime ou nova sanção penal, restaurando, apenas, posição anterior da Suprema Corte.

Conclui-se, assim, que a tese aqui sustentada e que deve servir de norte pode ser sintetizada da seguinte forma:

¹⁵ STF, AP 606-QO – Relator: Min. Luis Roberto Barroso. J. 12.08.2014.



Assim como é legítima a execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 59, do Código Penal, para permitir o reconhecimento de “maus antecedentes” a réus condenados definitivamente em segundo grau antes do trânsito julgado, conferindo máxima eficácia aos princípios da isonomia, da individualização da pena, da efetividade do Direito Penal e da vedação à proteção insuficiente aos bens jurídico-penais.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo, ao atentar para o *overruling* promovido pelo STF em relação aos antigos precedentes relacionados à execução provisória da pena, permite concluir que estamos diante de uma nova modalidade de incidência da circunstância judicial “maus antecedentes.”

Até então vinculados à ideia de que não é possível o reconhecimento de ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444, do STJ), releitura hodierna da circunstância judicial (maus antecedentes) implica na relativização do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, de modo a garantir a máxima eficácia aos princípios da isonomia, da individualização da pena, da efetividade do Direito Penal e da vedação à proteção insuficiente de bens jurídicos.

Em assim sendo, o que configura “maus antecedentes”? A circunstância judicial resta configurada quando, na dosimetria da pena de novo crime, estiver demonstrado que o agente é portador de:

- a) Condenação anterior transitada em julgado alcançada pelo decurso do prazo de 05 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal; b) Condenação por crime militar próprio ou político; e c) Condenação definitiva em segundo grau sem o advento do trânsito em julgado.

O momento é oportuno para uma (re)leitura do instituto e para a fixação de um novo paradigma que permita a adequada exegese dos princípios constitucionais envolvidos, primando pela tutela dos interesses da sociedade.

Ao ignorarmos a diferença entre a situação daqueles condenados definitivamente em segundo grau e aqueles contra os quais ainda tramita feito criminal



sem decisão definitiva pelo Tribunal, o ordenamento jurídico nacional pune réus em montante desproporcional e desigual e, por via de consequência, viola os princípios constitucionais da isonomia, da individualização da pena, da efetividade do Direito Penal e da vedação à proteção insuficiente de bens jurídicos.

A comunidade jurídica precisa correr os riscos associados com a exploração desse novo horizonte na busca pela aplicação adequada do instituto dos “maus antecedentes”, visto que não teremos efetiva individualização da pena se os evitarmos.

REFERÊNCIAS

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

COSTA, Rafael de Oliveira. **Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica**: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais. *Direito, Estado e Sociedade*, 2014, p. 125.-139.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

HUNGRIA, Nelson. O arbítrio judicial na medida da pena. **Revista Forense**, n. 90, jan. 1943.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004.

