
MAUS ANTECEDENTES DECORRENTES DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM CONDENAÇÕES PELO TRIBUNAL DO JÚRI¹

“CRIMINAL ANTECEDENTS” RESULTING PROVISIONAL EXECUTION OF PUNISHMENT

RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA

Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, em programa conjunto com a Universidade de Wisconsin-Madison (EUA). Promotor de Justiça SP. Professor na Pós-graduação da Escola Superior do MP, na Universidade Anhanguera e em cursos preparatórios para concursos. Palestrante na Wayne State University (Detroit - EUA). Bolsista da Keast Lion Fund for International Scholars. E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

RESUMO

Objetivo: (Re)pensar a caracterização dos “maus antecedentes” à luz de uma compreensão aprofundada dos efeitos dos recursos e da possibilidade de execução provisória da pena, inaugurando um novo enfoque que priorize 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), tendo objetivo metodológico exploratório e propositivo.

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.



Resultado: 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.

Contribuições: o estudo aborda um tema pouco explorado no campo acadêmico devido à sua inovação e complexidade, bem como elabora uma proposta exegetica que busca conferir 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.

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

ABSTRACT

Objective: *problematize the characterization of “criminal antecedents” and the possibility of provisional execution of sentences.*

Methodology: *this study makes use of hypothetical-deductive reasoning, using data of primary (jurisprudence) and secondary (doctrinal understandings) nature, with an exploratory and propositional methodological objective.*

Result: *Article 59 of the Penal Code should be interpreted according to the Constitution, allowing the recognition of “criminal antecedents” to defendants sentenced by second level courts.*

Contributions: *the study addresses a topic unexplored due to its innovation and complexity, as well as elaborates an exegetical proposal that seeks to guarantee maximum effectiveness to the principles of isonomy, individualization of punishment, effectiveness of Criminal Law and prohibition of insufficient protection of society.*

Keywords: *Criminal antecedents; Enforce of punishment; Effectiveness of Criminal Law.*

1 INTRODUÇÃO

Apesar da existência de diversas 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 regulamentada 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.

Em *terrae brasilis*, 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 valorar fatos e circunstâncias na incidência da reprimenda. Contudo, 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 uma operação meramente aritmética, visto que exige também adequada fundamentação, amparada na demonstração de raciocínio lógico e coerente, de modo a esclarecer 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:

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.



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:

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 da pena, realizar a tarefa hercúlea – e por isso mesmo inesgotável nestas breves linhas – de 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.

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).*



Outro aspecto importante 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 deve ser negativa, razão pela qual a pena de multa e o tipo penal previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, são ambos 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 indagar, ainda, que se o agente pode ser considerado reincidente e portador de maus antecedentes em razão da prática do mesmo crime. A resposta apresentada pela maior parte da jurisprudência 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 reincidência, visto que uma delas servirá para fundamentar a agravante, enquanto a outra será utilizada na primeira fase da dosimetria.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 do prazo 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:

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”.



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, 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

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.



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 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 de 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 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 irrecorríveis”. (BITENCOURT, 2012)

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

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).



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.

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.

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

Por fim, a sentença homologatória da transação penal não gera reincidência ou maus antecedentes, em conformidade como disposto no artigo 76, § 4º, Lei nº 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”.

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.

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 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)



3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE DECISÕES PENAS CONDENATÓRIAS NÃO TRANSITADAS 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 a decisão restou 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”*.

Mais recentemente, ao apreciar o 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

¹⁰ STF - HC 70.363 – DJU 08.06.1993.



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 Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, ocasião em que o STF realizou interpretação conforme a Constituição do artigo 283, do Código de Processo Penal¹¹, sustentando que ser inviável a execução antecipada da pena.

Com o intuito de pacificar as discussões sobre o tema, a Lei nº 13.964/19 (“Pacote Anticrime”), modificou a redação do art. 283, do CPP, passando a fazer referência expressa à prisão cautelar e à condenação criminal transitada em julgada: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

Assim, o novo art. 283, do CPP, foi categórico ao estabelecer as hipóteses em que pode haver restrição à liberdade de locomoção do indivíduo:

- a) na prisão cautelar, ou seja, em flagrante, temporária e preventiva; e
- b) na prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Sobre o tema, a Lei nº 13.964/19 ainda acrescentou ao art. 313, do CPP, um § 2º, dispondo que: “Art. 313, § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

Assim, o mencionado dispositivo pretendeu afastar a decretação da prisão preventiva nas hipóteses em que:

- 1) Tenha como finalidade a antecipação de cumprimento de pena;
- 2) Seja decorrência imediata de investigação criminal;

¹¹ Art. 283, do CPP: “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.”



3) Seja efeito automático da apresentação ou recebimento de denúncia.

Contudo, o “Pacote Anticrime” encampou a possibilidade da execução antecipada da pena em feitos de competência do Tribunal do Júri, condicionando-a à presença de determinados requisitos. Vejamos:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

Assim, a partir de leitura atenta do mencionado dispositivo, depreende-se que, na sentença em feitos de competência do Tribunal do Júri, o Magistrado poderá:

a) Determinar o recolhimento ou expedir recomendação para a manutenção da prisão preventiva do réu já recolhido, desde que presentes os requisitos da preventiva; ou

b) No caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a sua execução provisória, com expedição do mandado de prisão, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. Portanto, é necessária a presença de dois requisitos: 1) que seja aplicada pena de reclusão; e 2) que o montante de pena seja igual ou superior a 15 anos.¹²

¹² Excepcionalmente, contudo, o presidente do Tribunal do Júri poderá deixar de autorizar a execução provisória das penas: 1) Se houver “questão substancial” cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação (art. 492, § 3º, do CPP). Frise-se que o novo diploma não estabeleceu em que consiste a “questão substancial”, de modo que pode ser entendida como qualquer questão capaz de modificar a condenação do réu (ex. ausência de provas, nulidade absoluta do feito, entre outras); 2) Conceder efeito suspensivo à apelação, quando cumulativamente: 1 – o recurso não tiver propósito meramente protelatório; e 2 - levantar questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão (art. 492, § 5º, do CPP). Nesse caso, o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia (art. 492, § 6º, do CPP).



Devidamente traçada a posição hodierna do STF acerca do tema e as novas regras trazidas pelo “Pacote Anticrime”, a dúvida que surge é se a execução antecipada da pena, nas hipóteses em que admitida, produz efeitos em relação ao conceito de maus antecedentes.

É o que passaremos a analisar no próximo tópico deste trabalho.

4 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE “MAUS ANTECEDENTES” PARA RÉUS EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Conforme exposto, 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, sendo recentemente encampada pelo “Pacote Anticrime” em relação aos crimes de competência do Tribunal do Júri.

A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos 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.¹³

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 não podem receber o mesmo tratamento dispensado àqueles que ainda não sofreram qualquer tipo de condenação. É preciso, portanto, promover uma adaptação do instituto à nova regra introduzida pelo “Pacote Anticrime” acerca da execução provisória da pena. Trata-se, em verdade, de decorrência ruptura paradigmática encampada pela Lei nº 13.964/19, especialmente no que concerne à exegese do princípio da presunção de inocência.

Com efeito, a ausência de configuração de maus antecedentes após o julgamento pelo Tribunal do Júri 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 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.¹⁴

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

¹³ Medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 – Voto do Ministro Luis Roberto Barroso - 01.09.2016.

¹⁴ Sobre o tema, conferir o voto do Ministro Luis Roberto Barroso nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 (01.09.2016).



(“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 pelo Tribunal do Júri não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade pela conjugação de três fundamentos, em muito similares aos outrora utilizados pelo STF para sustentar a possibilidade de execução provisória da pena.¹⁵

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 casos 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 decisão condenatória no âmbito do Tribunal do Júri, tendo inclusive esgotado a esfera competente para a devida 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.

¹⁵ Cf. Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 – Voto do Ministro Luis Roberto Barroso - 01.09.2016.



[...] 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.¹⁶

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 para réus que se encontrem em situações distintas – ou seja, um deles em execução provisória, e outro que não tenha sido condenado pelo Tribunal do Júri –, 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 do Júri, não há falar em maus antecedentes ou reincidência; 2) para os réus condenados pelo Tribunal do Júri, 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.

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

¹⁶ COSTA, Rafael de Oliveira. *Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais*. *Direito, Estado e Sociedade*, 2014, p. 131.



Assim como é legítima a execução provisória da pena após decisão condenatória pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 59, do Código Penal, para permitir o reconhecimento de “maus antecedentes” a réus condenados pelo Tribunal do Júri 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 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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), uma releitura hodierna da circunstância judicial (maus antecedentes) à luz do “Pacote Anticrime” deve implicar 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 pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão antes do 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 peculiar situação daqueles condenados pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, 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.

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



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

