

## Antecedentes criminais não servem para condenar o reincidente

Em maio de 2010, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 444, afirmando que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”<sup>[1]</sup>. Tal enunciado está em conformidade com a disposição constitucional que reflete o chamado princípio da situação jurídica de inocência, insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição da República. De acordo com essa noção, até que transite em julgado sentença penal condenatória, eventuais procedimentos criminais instaurados e não encerrados em definitivo não podem funcionar para a majoração da pena-base, prejudicando o réu.

Dessa forma, a visão tradicional da doutrina de que os antecedentes e a conduta social representam toda a vida pregressa do sentenciado e que podem ser representados por inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência e até por antecedentes infracionais precisa ser revista e remoldada. E o ponto de partida desta reconstrução da compreensão dos antecedentes e da conduta social como instrumento de dosagem da reprimenda penal está em uma revisão constitucionalmente adequada da individualização jurisdicional da pena, trazendo para o interior da discussão dogmática e da fundamentação das decisões judiciais as garantias constitucionais.

Este artigo, nas linhas que se seguem, pretende estabelecer o alcance dos conceitos de antecedentes e de conduta social, duas das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, utilizáveis na fixação da pena-base, a fim de que se possam verificar as diferenças havidas entre o posicionamento da doutrina chamada “tradicional” e o entendimento recentemente pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e que já vinha, de algum modo, sendo praticado pelos Tribunais.

### Fixação da pena-base

A primeira etapa da dosimetria da pena é a fixação da pena-base. Para tanto, o órgão da função jurisdicional deve ter em conta as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59, do Código Penal. As circunstâncias judiciais são assim chamadas porque são quesitos que não têm definição legislativa e, valoradas pelo Magistrado, servem para guiar a atividade do judiciário na fixação da primeira etapa da dosimetria da pena. Devem ser analisadas de maneira a que fiquem absolutamente claras as razões que levaram o Juiz a dosar a pena em maior ou menor grau, observando a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, insculpida no artigo 93, IX, da Constituição. Entretanto, é o resultado obtido pela visão de conjunto dessas circunstâncias que deve informar a aproximação ao máximo ou ao mínimo da sanção.

Para o presente artigo, tendo em vista o que inspirou o entendimento fixado na Súmula 444, do STJ – ora em comento –, interessa a compreensão constitucionalmente adequada de duas dessas circunstâncias: os antecedentes e a conduta social.

### Os antecedentes

A questão da definição dos antecedentes é tormentosa. A doutrina adrede entendia o seguinte:

Verifica-se a vida pregressa do réu, com base no que constar do inquérito policial (artigo 6º, incisos VIII e IX, do CPP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-

---

se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico. (MIRABETE, 2008, 300)[2]

Assim também eram os magistérios de Magalhães Noronha e de Cezar Bitencourt. Evidencia-se que, na opinião desses autores, os antecedentes dizem respeito a toda a vida pregressa do réu sentenciado, podendo ser bons ou maus e envolvendo fatores que escapam ao próprio universo normativo do direito e atingem, por outro lado, o universo valorativo da moral. Entretanto, a partir de uma aplicação mais adequada da garantia da situação de inocência, insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, o entendimento tem tendido a ser outro, ao menos para boa parte da doutrina e setor considerável da jurisprudência; mormente, a partir da edição da Súmula 444, do STJ, objeto das digressões deste texto.

E, na esteira de tal revisão conceitual, Rogério Greco, em posicionamento diametralmente oposto aos que se transcreveram anteriormente, afirma que

Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado (...).

O Supremo Tribunal Federal já se tinha manifestado nesse sentido:

(...) 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. (STF – 2ª Turma, HC 79966/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, j. 13.06.2000; in DJU de 29.08.2003, p. 34).

E, mesmo o próprio STJ, antes até da edição da Súmula 444, já era de opinião que:

(...). 1- As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder. 2- Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo. 3- (...) 4- (...). (STJ, HC 81.866/DF, Quinta Turma; Relatora Ministra Jane Silva, julgamento em 25 de setembro de 2007, publicado no DJ de 15 de outubro de 2007)

Uma interpretação constitucionalmente adequada do disposto no art. 59, do CP, força o reconhecimento de que só podem ser consideradas as condenações criminais transitadas em julgado, que não sirvam para a conformação da reincidência.

Nesses termos, levando a sério o alcance de sentido da circunstância em comento, os tribunais superiores nacionais têm entendido que aquelas condenações que já sofreram o efeito da caducidade quinquenal prevista no art. 64, do Código Penal, servem a configurar antecedentes. Ou seja, mesmo que, entre o cumprimento de pena anterior e o novo crime, a reincidência desapareça, aquela condenação definitiva contará para a exasperação da pena-base.

Foi o que decidiu o STJ, conforme se pode ver no julgamento do HC 30.211/SP, cujo relator foi o Ministro Felix Fischer:

(...) Decorrido mais de cinco anos, a sentença penal condenatória anterior não prevalece para efeito da reincidência (art. 64, I, do CP), subsistindo, no entanto, para efeito de maus antecedentes. Habeas corpus denegado.

E é essa, também, a orientação do Supremo Tribunal Federal, em recentíssima decisão:

(...). I – Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, em razão do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores caracteriza maus antecedentes e demonstra a sua reprovável conduta social, o que permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. II – Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 106814 / MS Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgado em 08 de fevereiro de 2011, pela primeira turma. Publicado em 24 de fevereiro de 2011).

Assim, tanto as condenações definitivas que não concretizem situação de reincidência, por não serem antecedidas por outra condenação irrecorrível ou que já tenham sofrido a caducidade de cinco anos, são eficientes para conformar a definição de antecedentes.

### **A conduta social**

A terceira das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do CP, diz respeito à conduta social do agente. Rogério Greco afirma que:

Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal.

Ou seja, quando se fala em comportamento social, o que se tem em vista é a relação do réu com seu ambiente social: pressupõe a externalização da personalidade. Conduta social, pois, tem a ver com o modo de comportar-se no espaço social ocupado pelo agente; tem a ver com seu “comportamento (...) nos papéis de pai/mãe, marido/esposa, filho, aluno, membro da comunidade, profissional, cidadão, etc.”

(FERREIRA *apud* SANTOS, 2011, p. 311), “se foi um homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, altruísta, cumpridor dos deveres, ou se transcorreu os seus dias ociosamente, exercendo atividades parasitárias ou antissociais” (COSTA JÚNIOR, 2010, p. 245). E é interessante refletir que o Judiciário deve levar em conta o ambiente em que vive o réu, não um espaço social ideal. Ney Moura TELES é incisivo nesse sentido:

Deve [o juiz] verificar se seu [do réu] comportamento é compatível com o aceito no ambiente de seu estrato social, por exemplo, na favela, com todas as suas características. Se, em seu meio, o condenado cumpre seus deveres, suas obrigações sociais, respeita os valores ali cultivados, convive harmoniosamente com seus pares, tal circunstância lhe será favorável, militará em seu favor, beneficiando-o com pena-base próxima do mínimo (2006, 365).

Desta forma, sabe-se que na definição de conduta social estão elementos relativos à forma como o sentenciado se comporta em seu ambiente social. Esse *comportamento* manifesta a relação do sujeito para com o direito e deve ser perquirido pelo Judiciário nos momentos da instrução em que estes dados possam vir à tona, como no depoimento de testemunhas ou no interrogatório. Recorde-se de que essa circunstância judicial pode servir para minorar ou majorar a pena-base. Lado outro, sabe-se, também, que procedimentos em curso, conforme já se viu nesta exposição, não podem prejudicar o sentenciado.

Os dissídios doutrinários e jurisprudenciais sobre o entendimento do que seja, efetivamente, a má conduta social persistem. No entanto, a transformação no entendimento do STJ – e também de outros tribunais – aponta no sentido de que o que não pode estar contido nessa circunstância está plenamente claro. Assim, parece que, na jurisprudência nacional, o conceito de conduta social tem sido formado por exclusão. Ou seja, por ser tarefa difícil especificar todas as situações que importem em mau ou bom comportamento social, os julgados recentes dos tribunais superiores são no sentido de excluir, caso a caso, determinados eventos. Veja-se o exemplo abaixo, retirado de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

(...). 1.(...) 2. (...). 3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio, e não algo tencionado. 4. (...). (STJ, HC 120.154/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

Não se pode olvidar que, se os antecedentes representam algo que piora a condição do réu na dosagem da pena, a avaliação adequada das condições sociais de comportamento do réu nem sempre lhe são desfavorável. Por sinal, haverá vezes em que esse comportamento, por ser socialmente adequado, servirá como fator de minoração da reprimenda penal.

Observando as garantias constitucionais relativas ao direito penal, a orientação da jurisprudência dos

---

tribunais superiores brasileiros, em especial aquela concretizada no enunciado da Súmula 444, do STJ, encaminharam-se no sentido de excluir da avaliação, em prejuízo do réu, na fixação da pena base, processos e procedimentos criminais, salvo aqueles em que já tenha havido sentença condenatória irrecorrível.

Afastam-se, pois, do recente entendimento jurisprudencial aquelas noções da doutrina penal nacional que tornava toda a vida pregressa réu elemento suficiente para caracterizar os antecedentes e a conduta social, quando da fixação da pena-base.

Assim, nos antecedentes, apenas se podem incluir condenações definitivas que não sirvam para caracterizar a reincidência, seja porque não há condenação definitiva anterior seja porque já houve o efeito da caducidade quinquenal, conforme prevista no art. 64, do CP. Processos criminais em curso, boletins de ocorrência, termos circunstanciados de ocorrência, antecedentes infracionais, e coisas que equivalham a estas, não podem majorar a reprimenda penal do réu.

Já, por seu turno, no comportamento social, que é um conceito certamente eticizado, apenas se podem conter dados relativos à atuação do sujeito em seu ambiente social, não podendo, também, aí, encontrarem-se aqueles mesmos procedimentos criminais, conforme citado anteriormente.

Vê-se, por fim, a constitucionalização do Direito Penal, algo que um direito de matriz pós-convencional, fundamento no poder comunicativo democrático, precisa, de fato, revelar.

### **Referências bibliográficas**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 14ª ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo : Saraiva, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Curso de Direito Penal**. 11ª edição. São Paulo : Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro : Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro : Impetus, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo : Saraiva, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo : Atlas, 2008.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 1º volume: introdução e parte geral. São Paulo : Saraiva, 1972.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo :

Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol 1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo : Conceito Editorial, 2011.

[1] Data da Decisão, 28/04/2010. DJE 13/05/2010, RSTJ VOL.: 00218, PG:00712

[2] No mesmo sentido, CAPEZ (2006, 436) e Damásio de JESUS (1995, 484).

[3] Interessante mencionar que, na edição de 2009 do volume 1, de seu Tratado de Direito Penal, Bitencourt revê sua posição acerca dos antecedentes. (BITENCOURT, 2009, p. 628)

**Date Created**

21/04/2011