

TAHAN, Lilian; CALCAGNO, Luiz. Nove entre 10 usuários de ônibus estão descontentes com o transporte no DF. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 23 maio 2012. Disponível em: <<http://www2.correiobraziliense.com.br/sersustentavel/?p=2845>>.

UCHÔA, E. Contribuições da antropologia para uma abordagem das questões relativas à saúde do idoso. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 849-853, maio/jun. 2003.

WAISELFISZ, J. *Mapa da violência: a cor dos homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2012.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Izis Morais Lopes dos; RENAULT, Ana Carolina Nunes. Um olhar sobre os idosos: estudo sobre as políticas, programas e serviços públicos para população acima de 60 anos no Distrito Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 135-186, 2013. Anual.

Submissão: 04/03/2013

Aceite: 21/06/2013

Afinal, o que São Maus Antecedentes?

Ivaldo Lemos Júnior

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Entorpecentes do Distrito Federal. Mestre em Direito e Estado e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

Resumo: Este artigo trata dos “maus antecedentes”, instituto de direito penal bastante conhecido, porém ainda mal explicado e mal compreendido. O objetivo é revisar o tema, à luz da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos acórdãos que a precederam, desta corte e também do Supremo Tribunal Federal (STF). O texto aponta várias inconsistências nos julgamentos de cerca de quarenta julgados e na formulação da súmula, e também propõe uma definição. Pela própria natureza orgânica do direito processual, o artigo acaba abordando outras questões interligadas, como a aplicação real de princípios jurídicos e a validade intrínseca da prova judiciária.

Palavras-chave: Penal. Processo penal. Maus antecedentes. Conceito.

Sumário: Introdução. 1 A Caracterização dos Maus Antecedentes e o Princípio da Presunção da Inocência. 2 A Dosimetria da Pena e a Fundamentação da Sentença Condenatória. 3 A Questão Hermenêutica e a Definição de Antecedentes. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

A expressão “maus antecedentes” é de alta indagação. O adjetivo “maus” insinua a possibilidade de utilização de seu contrário, “bons”. Efetivamente, faz parte do jargão forense dizer-se que o réu tem “bons antecedentes”. Isso não faz sentido. Ou o sujeito não tem antecedentes – nesse caso, não pode ser

“boa” uma coisa que não existe – ou os tem, e aí, sim, podem ser predicados de maneira negativa, maus, péssimos, etc.

Mas o problema maior está no próprio substantivo. Ninguém sabe exatamente o que “antecedente” significa. Trata-se de expressão legal, prevista nos Códigos Penal (art. 59) e de Processo Penal (art 6º, VIII) e na Lei de Execução Penal (art. 5º, dentre outros). Existe, portanto, no mundo jurídico, e precisa ser interpretada da melhor maneira possível.

O tema nada tem de novo. Muito já se escreveu sobre ele, mas é preciso audácia para dizer que continua aberto a novas leituras e carente de melhores explicações, a despeito da Súmula nº 444 do e. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”. É o que se propõe neste artigo.

Uma reflexão preliminar precisa ser feita, de caráter negativo, vale dizer, sobre aquilo que “antecedentes” não podem ser. Todas as definições passam pela compreensão do objeto em função de seus atributos, o que exclui tudo aquilo que não lhe é próprio. Isso é de percepção mais imediata no caso das coisas reais, palpáveis, como uma faca, que não pode ser, ao mesmo tempo, um livro (e vice-versa). Todavia, a constatação de que uma faca não é um livro é absolutamente verdadeira, e notoriamente insuficiente.

Já entes abstratos, de modo especial os de complexidade mais densa, permitem significações muito diversas e até mesmo

opostas. É o caso de vocábulos como “direito”, “justiça” e “igualdade”.

O termo “maus antecedentes” não é de uma ontologia paradigmática no sentido popperiano – ainda que possa produzir efeitos muito concretos, levando um ser humano a ficar algum tempo a mais ou a menos na cadeia –, mas é tampouco de uma complicação que estaria sujeito a discussões intermináveis.

Pois é assim que os repertórios dos Tribunais trataram a matéria, muitas vezes com significativas contradições dentro da própria Corte. O objetivo precípuo deste artigo não é colecionar ementas, para fins de depurações estatísticas, e muito menos tratá-las como “corrente dominante” ou “tendência”. Essa tarefa – que requereria um esforço realmente exaustivo – caberia à informática jurídica. Para fins de pesquisa, o que interessa é o conteúdo propriamente dito do assunto. Ao final, busca-se demonstrar que a súmula do STJ não o pacificou à plenitude.

Cumpra inicialmente sublinhar que não há risco ao se afirmar que um “mau antecedente” não possa ser uma condenação passada em julgado. Se tal ocorreu, v.g., em 20 de janeiro de 2013, por um crime cometido em 17 de abril de 2011, e o sujeito foi preso em flagrante delito em qualquer data a partir de 21.1.2013, ele é tecnicamente reincidente. Tal crime não vale a título de antecedente, ou de “mau” antecedente, pois passou a funcionar como outra categoria legal.

Não tem cabimento que a mesma ocorrência funcione simultaneamente como reincidência e também como antecedente,

até porque este é avaliado na fixação da pena-base (CP, art. 59) e aquela, na segunda fase da dosimetria da pena (arts. 68 e 61, I). Um único fato majoraria a reprimenda duplamente, em duas etapas diferentes. Esse é o teor da Súmula nº 241, do STJ, com o que se está de pleno acordo: *“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”*¹.

O primeiro passo é perceber que antecedente, seja lá o que for, é o interregno existente entre a data do cometimento do crime e o trânsito em julgado condenatório, quando então deixa de sê-lo, automaticamente (CP, art. 63). No exemplo dado anteriormente, ocorreu entre 18.4.2011 e 21.1.2013.

O segundo passo é lembrar que o artigo 59 do Código Penal também prevê a avaliação da circunstância da “conduta social” na dosagem da pena.

Uma conduta social notoriamente positiva é a do sujeito esforçado, trabalhador, bom pai de família, cumpridor dos deveres, religioso de preferência, com residência fixa², que teve a infelicidade de cometer um fato ilícito: por exemplo, um atropelamento com lesões corporais ou morte. O vulgo chama

1 Lembramos ainda que a reincidência – cuja constitucionalidade foi recentemente reafirmada pelo STF (RE 453000, julgado em 4.4.2013) – é fator que “sempre” agrava a pena, consoante preceituado pelo CP, art. 61, I, o que não ocorre com antecedentes. Além disso, a reincidência tem outras consequências específicas.

2 Asseverou Roberto Lyra (1958, p. 223): “É a conduta como cidadão, filho, pai, esposo, companheiro, amigo, profissional, como sócio de centros culturais, beneficentes, recreativos, esportivos, mundanos etc. A conduta, durante e depois do crime, entrará sempre na revelação da personalidade”.

tal acontecimento de “acidente” ou “desastre”, mas no jargão o correto é “crime culposo”.

Um réu com esse perfil – que seria considerado “normal”, senão “exemplar” – não pode e não será tratado como outro de índole muito diferente, moldado por conduta social claramente negativa. Esta respeita ao estilo de vida marcado pela ociosidade voluntária e inútil ou perigosa³, pelo convívio no meio da malandragem, envolvimento com armas, drogas, crimes em geral, e fontes de renda ignoradas, duvidosas ou ilícitas. Chama-se popularmente essas pessoas de “vagabundos”, “bandidos”, “ladrões”, “traficantes” etc. Mas essas palavras não têm uma semântica que se coaduna com a técnica mais estrita.

No particular, a formação pessoal do juiz terá papel relevante no julgamento. Um magistrado que tenha passado por dificuldades familiares e financeiras, e que tenha conseguido vencer na vida à base de grande sacrifício pessoal⁴, tenderá a cobrar dos outros – porque exigiu de si mesmo – que também tenha uma postura apropriada. Um rapaz de uns 20 anos, sem deficiências físicas ou mentais, que esteja muito atrasado nos estudos e que nunca trabalhou, pode eventualmente ser tido como sujeito de má conduta social.

3 Lembrando que os “valores sociais do trabalho” são um dos fundamentos da república brasileira, de acordo com a Constituição Federal (art. 1º, IV).

4 Algum esforço pessoal todos os juizes tiveram. Até agora não se ouviu falar de alguém tão inteligente que tenha conseguido ser aprovado em concurso público de altos níveis de dificuldade e concorrência, sem ter precisado estudar bastante.

Outros juízes talvez não sejam tão rigorosos ou, mais provavelmente, não farão muitas considerações na sentença acerca da circunstância em questão, simplesmente porque nada ou quase nada sabem acerca da trajetória do réu o qual está à sua frente.

Não são elaborados estudos sociais ou psicológicos profissionais por algum departamento forense – ao menos não de maneira rotineira, que possam alimentar o processo com informações detalhadas. O sentenciante, por ignorância ou por receio de incorrer em alguma generalização preconceituosa – como o fato de o réu morar em uma região mais pobre, ter alguma ocupação estigmatizada (como “flanelinha”) ou ter aparência que não inspire confiança⁵, prefere não perorar sobre o tema, mas também não se permite fazê-lo pesar desfavoravelmente na dosagem da pena. Confessa que ignora o assunto e nada faz a respeito.

O mesmo vale para a questão da “personalidade” do acusado, que o juiz tem apenas uma vaga noção, captada empiricamente quando do interrogatório, ou pelas circunstâncias objetivas do crime do qual é acusado naquele processo ou do qual o foi em outras ocasiões. Trata-se de um juízo superficial, não muito mais do que uma impressão⁶.

5 Há de se convir que possa até ser inocente o réu condenado, uma ou mais vezes, por tráfico de drogas, e que responda mais uma vez pelo mesmo crime. Mas começou seu novo processo de modo pouco auspicioso.

6 Acórdão do STJ (HC 128.800-MS, Rel. Min. Felix Fischer) relembra que o julgador, “de regra, não é psiquiatra nem psicólogo – não sendo, portanto, expert, pelo que ‘dificilmente’ poderá chegar a uma conclusão cientificamente sustentável”.

Ainda assim, intui-se que o passado das pessoas tenha influência no resultado do processo, e mesmo em seu desenvolvimento – não há como negar que o próprio tratamento dispensado ao réu será diferenciado casuisticamente. Por mais que ambos sejam *si et in quantum* presumidamente inocentes, seria injusto considerar-se absolutamente iguais um pai de família visivelmente constrangido por uma lesão corporal culposa que causou e um indivíduo cínico que nunca fez nada a não ser vender entorpecentes e ser preso e solto reiteradas vezes.

Conduta social tem a importância valiosa de contrastar com o instituto dos antecedentes. Aquela e estes não podem ser sinônimos. A lei se encarregou de prevê-los como circunstâncias judiciais distintas, de tal modo que compete ao intérprete fixar a diferença entre ambas, e não misturá-las.

Pois veja que se percebe um grande equívoco no seguinte acórdão do egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo:

Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida anteaacta do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, a avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta os antecedentes judiciais, nunca restringindo simplesmente a existência ou inexistência de precedentes policiais e judiciais, mas levando-se em conta, também, o comportamento social do réu, sua vida familiar, sua inclinação ao trabalho e sua conduta contemporânea e subsequente à ação criminosa, para então qualificá-los em bons ou maus. (TACRIM-SP - HC - Rel. Manoel Carlos - RJD 7/191 -JUTACRIM 80/108, 87/127). (STOCO, 2007, p. 1186).

Aqui se considerou como antecedentes tudo o que o réu fez na vida, até as coisas “ótimas”, sejam elas quais forem. A Corte mencionou antecedentes, personalidade e conduta social, e os amalgamou como se fossem um único referente semântico. Mas é perfeitamente cabível que o sujeito tenha má conduta social e não antecedentes. A sentença pode e deve entender como de “má conduta social” alguém de boa família que teve oportunidade de frequentar a escola e/ou trabalhar, e preferiu a ociosidade e a droga – ainda que a ficha criminal não registre qualquer passagem pretérita.

A conduta em questão é “social” exatamente porque diz respeito à maneira de se comportar em relação aos outros. Todas as ocupações lícitas são úteis, mesmo as mais modestas e mal remuneradas. Quem aqui se apresenta é o indivíduo que não se esforça para ser produtivo e se fecha em um egoísmo perigoso, pois alguém terá que alimentá-lo e lhe proporcionar a subsistência, por bem ou por mal. A ocorrência criminal é “apenas” sintoma disso, uma decorrência previsível.

Pode-se concluir, provisoriamente, que antecedente não significa conduta social nem personalidade, porque tem um caráter mais estritamente jurídico, marcado pelos institutos do direito processual. Infere-se, ademais, que se trata de um antecedente de natureza criminal.

1 A Caracterização dos Maus Antecedentes e o Princípio da Presunção da Inocência

Como já dito, conduta social e personalidade são avaliações um tanto subjetivas do magistrado, que envolvem uma série de elementos variáveis, de valores que serão sopesados de modo mais pessoal, mas não são necessariamente de natureza criminal.

Já antecedente é fruto de providência real, tomada pelas autoridades públicas encarregadas da persecução criminal a título de “currículo” na vida penal do indivíduo⁷ – mas, repita-se, até o limite do trânsito em julgado, quando deixa de ser o que é, e passa a vigorar à guisa de reincidência.

Quais são essas autoridades e quais são essas providências?

As autoridades não são outras senão a Polícia, o Ministério Público e a Justiça Criminal⁸.

As providências são aquelas que pertencem há tempos à taxionomia jurisprudencial e doutrinária, e que são os instrumentos da atuação típica de cada qual:

- a) indiciamento em inquérito policial;
- b) ajuizamento de denúncia;

7 Nesse sentido, trecho do voto da relatora, Ministra Jane Silva (HC 81.866-DF), com o qual se concorda plenamente: “*Também não se pode tomar a confissão do réu, depoimentos de testemunhas ou mesmo a informação da Polícia Civil para caracterizar antecedentes, que é um dado técnico, devendo resultar de certidão cartorária para justificar majoração de pena*” (grifo nosso). O artigo 809, V, CPP, fala em “antecedentes judiciais”, expressão em desuso.

8 Exclui-se, destarte, investigações e processos civis, autuações tributárias ou financeiras, auditorias, processos administrativos disciplinares, processos judiciais cíveis, e quaisquer outras medidas não penais, ainda que venham a ter futuros reflexos penais.

c) condenação recorrível.

Muito se objeta a esse entendimento ao argumento de que nenhum desses atos poderia pesar em desfavor do réu que, até então, é considerado inocente. Ferir-se-ia o princípio da presunção da inocência.

No HC 79.966-3, o Relator para o acórdão, eminente Ministro Celso de Mello, entendeu que inquéritos, ações em curso e condenações não transitadas em julgado não são suficientes para caracterizar maus antecedentes, e que exacerbação da pena nesses termos revela-se “arbitrária”. Para Sua Excelência, é “inquestionável” que “somente” a condenação transitada em julgado pode “ostentar o status jurídico-penal de condenado”⁹.

Passa-se a analisar tal objeção.

Ninguém discute a obviedade de que, antes do trânsito em julgado, o réu é presumidamente inocente. Mas nenhum trânsito em julgado acontece sem uma série de atos que o preparam, e todos eles caminham em direção a um resultado final. O direito processual se aperfeiçoa para consolidar o direito material, o que não se dá de súbito, mas passo a passo, clareando os fatos e ensaiando sua definição.

Não há de se negar a importância do princípio da presunção da inocência, o qual merece todo o respeito como uma conquista do direito dos povos. Mas ele tem limites e precisa conviver em

⁹ O mesmo Relator havia proferido voto semelhante em julgado anterior (HC 684653/130). Ali se avaliou que inquéritos policiais ou ações em curso não se revestem de “suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena” e disse também que é “inquestionável” que “somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena”.

harmonia com outros princípios jurídicos, tão importantes quanto e até mais antigos do que ele.

Se fosse levado tão a sério, o princípio poderia impedir, por exemplo, a prisão provisória, que será um mal de difícil ou impossível reparação, caso o réu venha a ser absolvido no futuro, ou que venha a receber condenação sem restrição de sua liberdade. O problema inevitável é que a sentença sucede a prisão provisória, e ainda assim não o resolve totalmente, pois não vem desde logo passada em julgado, e sim vulnerável a recurso. Ressalte-se: é muito difícil que um ato judicial não seja objeto de recurso. O que se dirá da sentença, que é o ato judicial por excelência, o ponto culminante de todo o processo.

A questão da juridicidade da custódia provisória já está bem tratada. Ninguém questiona a necessidade das prisões em flagrante e preventivas, que não implicam adiantamento de uma pena que não se sabe se ou como virá, mas que traduz uma resposta rápida da lei, de mecanismo de se tirar de circulação alguém cuja liberdade põe outras pessoas, certas ou não, em perigo atual ou iminente.

O leigo tem dificuldade para entender como uma pessoa pode responder a processo em liberdade, ser condenada e, em seguida, solta. Advindo resultado desfavorável, sua situação passa a ser mais benéfica do que era antes. Aparentemente, mas apenas aparentemente, isso é um contrassenso, em virtude do compasso relativo entre os méritos dos processos de conhecimento e cautelar.

Se a prisão provisória é um mal necessário, o prestígio desproporcional do princípio da presunção da inocência seria algo pior – um mal desnecessário – que transformaria a lei em um instrumento demasiado fraco e impotente, e a sociedade estaria em um lugar mais perigoso para se viver do que já se encontra.

Quem milita na área criminal sabe que ao réu é concedida liberdade provisória quando a prova fica minguada com uma instrução deficiente, que aponta com clareza para o desfecho absolutório. Os méritos dos processos de conhecimento e cautelar não se misturam mas também não são totalmente separados. Se a prisão provisória não implica uma condenação antecipada, a recíproca não é verdadeira, pois a soltura muitas vezes desenha a crônica de uma absolvição anunciada. O que não acontecerá é de o juiz dizer isso expressamente. A decisão afirmará que não estão mais presentes os requisitos da medida excepcional da custódia preventiva – e não que provável ou certamente está a colocar o acusado em liberdade porque o absolverá.

Não é tão “inquestionável” assim, como dito pelo insigne ministro Celso de Mello, a noção de que somente condenações passadas em julgado é que definem de vez o *status* penal do réu. Esse entendimento foi revisto no julgamento do próprio HC 79.66-3, onde foi feita. O voto minoritário do Ministro Maurício Corrêa catalogou nada menos do que 30 acórdãos do STF no sentido contrário, e apenas 1 a favor.

Concluiu o saudoso Min. Corrêa que “esta relação de trinta por um não me parece suficiente para, a pretexto de enfatizar parte

não preponderante do acórdão impugnado, alterar a expressa orientação deste Tribunal”. Diga-se, desses 30, a maioria veio já sob a égide da Constituição de 1988, e a maior parte por votação unânime.

Afinal, o Supremo afirma que ação ou inquérito em curso fere o princípio da presunção de inocência, mas não demonstra tal assertiva com argumentos. Estes são utilizados para explicitar um juízo de fato, não para prová-lo.

Uma afirmação que carece de demonstração, por ser autoevidente, chama-se axioma ou postulado. Esse é um dos cerne das discussões filosóficas mais aprofundadas, que é o estabelecimento das premissas como fundamento do debate. Muitas vezes não se chega a esse consenso, e portanto o debate não chega propriamente a acontecer. Não passa de um pré-debate. Forçar um axioma é um vício conhecido no jargão como “petição de princípio”.

O presente artigo tem por objetivo mostrar que a questão não é axiomática. Por mais que o STF tenha, talvez, trocado um postulado por outro, o seu posicionamento antigo tinha a vantagem de definir o que são antecedentes. O atual diz somente o que eles não são.

Ora, o indiciamento em um inquérito policial não é ato administrativo anódino, desprovido de consequências não para o próprio caso, mas para outros mais, e que está afinal sujeito ao controle do Ministério Público e, pelo próprio sujeito, do Judiciário. É indiscutível que cabe a impetração de ordem de

habeas corpus com o intuito apenas de se desindicar o paciente. Isso assinala que não se está diante de algo irrelevante – afinal, quem gostaria de estar em tal posição? – e se candidataria a servir como hipótese de “antecedente”.

Com mais razão, ajuizamento de ação penal não é ato desprovido de consequências, e está sujeito ao controle do Judiciário e oposição do acusado, que se manifesta antes de seu recebimento. Tanto o recebimento quanto a rejeição da denúncia precisam ser fundamentados.

Interessante que, no voto do Relator do HC 684653/130, Min. Celso Mello, afirmou-se que uma ação penal possui “absoluta neutralidade condenatória”. Há de se questionar tal asserção, pois tal como ponderou Victor Hugo (2013, p. 727): “Ideal, absoluto, perfeição, infinito, são palavras idênticas”. Se neutra fosse, uma ação em curso e nenhuma ação em curso seriam exatamente a mesma coisa. Mas, pelo contrário, uma ação não é fato tão perfeitamente irrelevante, nem infinitamente desimportante. Por essa razão, o seu recebimento deve ser fundamentado e admite-se HC para trancá-la. Se ninguém deseja ser indiciado em um inquérito policial, tampouco almejaria responder a ação criminal.

Com mais razão ainda, sentença condenatória não é ato desprovido de consequências, e está sujeito ao controle tanto da acusação quanto da defesa, ou seja, desde o recurso que tem por escopo a absolvição quanto o seu exato oposto, isto é, o que visa à majoração da pena.

São exatamente esses os atos que devem ser considerados como “antecedentes”, e que lhe conferem a nota característica própria. Ignorá-los seria desconsiderar acontecimentos relevantes que podem ocorrer ao longo da trajetória criminal do indivíduo – que são todas as pessoas imputáveis –, para além do processo propriamente dito a que responde.

Mais do que isso, não convém equiparar tais atos, como se tudo o que estivesse aquém do trânsito em julgado fosse igualmente um atentado ao princípio da presunção de inocência. Em todos os sentidos, ser indiciado é menos gravoso do que responder a um processo criminal e a condenação a este supera.

Supõe-se que a hipótese de “antecedente” seja uma condenação por crime grave, ainda pendente de julgamento de recurso da defesa – mas apenas para o fim de diminuição da pena. Nesse exemplo, o reconhecimento da culpa é inexorável, questão apenas de tempo. Não pode ser considerado antecedente apenas porque a condenação ainda não passou em julgado? Será que tal precedente não estaria apto a aumentar a reprimenda em um mês, em uma semana, em um dia, a título mais simbólico do que o recrudescimento real da pena?

Em suma, o conceito de “antecedente”, como classe gramatical dos substantivos, tem uma característica objetiva. Todavia, sua adjetivação é subjetiva.

O juiz pode considerar como “maus” ou “péssimos” – nunca “bons” ou “ótimos”, o que não faz sentido lógico, quando muito “neutros” – o indiciamento em um ou dois inquéritos, ou uma

ação em curso, ou uma ação em curso e outra julgada, e assim por diante, desde que aponte para cada passagem e fundamente seu raciocínio.

2 A Dosimetria da Pena e a Fundamentação da Sentença Condenatória

Um acórdão do e. STF (HC 85033/MS, 1ª. Turma, DJU 27.5.2005) decidiu que a sentença que elevar a condenação acima do mínimo deve se apoiar em “elementos concretos, objetivamente demonstrados, que justifiquem a exasperação”.

Conceda-se que “a simples referência ao texto genérico da lei” não seja uma prática aceitável; é fundamentação insuficiente. Mas até que ponto o acórdão exige do julgador algo impossível ou sumamente difícil? É preciso ponderar acerca da circunstância das “consequências” do crime, cuja reflexão o magistrado leva em conta o extremo sofrimento experimentado pela vítima (por exemplo, de um estupro). Tal avaliação depende muito mais de sua sensibilidade do que de meios concretamente aferíveis. Diga-se o mesmo do próprio “comportamento da vítima”. Diga-se o mesmo do quesito “motivos” do crime.

A dosimetria da pena precisa ser fundamentada, mas não pode haver aí um certo disfarce mavioso, uma argumentação correta na forma e postiça no fundo. Há um coeficiente inevitável de discricionariedade conferida não somente ao senso de justiça do magistrado, mas à própria natureza epistemológica da prova e sua apreciação. A legitimidade da atividade jurisdicional consiste

em explicitar uma convicção, não em usar as palavras para encobrir a realidade.

Ora, o que é o depoimento de uma testemunha senão uma mistura de difícil ou difícilíssima separação entre “fatos brutos”¹⁰, como dizia Larenz (1983), e impressões, deduções, julgamentos? O art. 213 do CPP proíbe o juiz de tolerar que o testigo “manifeste suas apreciações pessoais”, a menos que “inseparáveis da narrativa do fato”. Mas juízos de fato e de valor se mesclam, muitas vezes de maneira involuntária e outras tantas violenta: quando a testemunha vê ou ouve o crime (ou, mais provavelmente, uma parte dele); quando procura entender o que se passou; quando é chamada para dele se lembrar; quando é instada a articular tudo em palavras, sob pena de ela mesma incorrer em ilícito. Tudo se complica com a passagem do tempo e a pressão de ambiente estranho, hostil.

Veja-se o que diz o filósofo Ernst Cassirer (2001b, 2001a):

[...] toda autêntica função do espírito humano partilha com o conhecimento a propriedade fundamental de abrigar uma força primeva formadora, e não apenas reprodutora (nachbildende Kraft). Ela não se limita a expressar passivamente a presença de um fenômeno, pois possui uma energia autônoma do espírito, graças à qual a presença pura e simples do fenômeno adquire um determinado ‘significado’, um conteúdo ideal peculiar; sem um complexo sistema de símbolos o pensamento relacional simplesmente não poderia desenvolver-se plenamente. (CASSIRER, 2001b, p. 19). [...] Essa

10 A expressão completa traduzida para o português é “situação de facto em bruto”
Adaptação feita pelo autor.

consciência é necessária até nos atos elementares de percepção. (CASSIRER, 2001a, p. 57).

A testemunha afirmar que o carro vinha em “alta velocidade” é um juízo de fato ou de valor? Que o ladrão era um “homem alto” é um juízo de fato ou de valor? Que havia sangue “espalhado por todo o chão” é um juízo de fato ou de valor? E como afirmar a certeza “absoluta” das informações – que tantas vezes serão decisivas para o destino de uma pessoa – senão pela via do postulado, ou seja, pela confissão de que não se sabe como se sabe aquilo que se acabou de dizer? Muitas vezes isso é um truísmo que acaba não sendo explorado, mas que tem o condão de colaborar decisivamente para o valor da prova e o desate do litígio.

A vítima que diz que a casa foi assaltada é uma “apreciação” sua, porque os fatos em si dizem respeito a fatos brutos: coisas reviradas, objetos que sumiram, sujeira etc. O que a fez ligar para a polícia foi um “julgamento” que fez da situação, porque conhece a casa muito bem e sabe como estava quando saiu e quando voltou. É assim que as pessoas raciocinam e é com base em raciocínios assim que agem como agem. E é também assim que passam adiante as informações, seja no telefonema para a Polícia, seja no depoimento na Justiça.

Por que, afinal, o processo cível emprestou ao processo penal o princípio da identidade física do juiz? Porque, em uma audiência de instrução e julgamento, pulula uma série de minúcias muito sutis que não têm como serem reduzidas a termo, mas que

se incorporam ao entendimento do caso. Às vezes um risinho do réu ou uma coçada de nariz da testemunha denunciam com nitidez uma mentira, mas o detalhe não ficará registrado nos autos. Deixar de considerá-los é tão impraticável quanto fundamentá-los ou mesmo exprimi-los em palavras, principalmente por escrito. A expressão “reduzir a termo” não é uma casualidade.

Mesmos as provas de produção mais objetiva, porque mais técnica – também chamada de “científica” pelo vulgo, também vêm embutidas de fortes decisões pessoais, e não dos fatos exatamente como eles são, da vida, onde se manifestaram.

Pensem nos laudos papiloscópicos que, no Brasil, requerem o enorme número de treze pontos convergentes. Os peritos sabem que, a partir do quinto ou sexto – mormente se alguns são exóticos –, os dedos pertencem à mesma pessoa. Todavia, a ausência da totalidade dos pontos, seja pela insuficiência do material coletado, seja pela detecção de um ponto de divergência não tão significativo quanto todos os convergentes já identificados, podem derrubar o laudo e fazer a pesquisa voltar à estaca zero. Tais situações são avaliadas pelo perito, que não tem intenção de ser arbitrário, mas que precisa fazer inevitáveis juízos de valor. O computador é utilíssimo para triagem, mas quando é programado para apontar quem foi o autor do crime, ele comete um erro atrás do outro. Os peritos não fazem isso por medo de perderem o emprego.

O mesmo vale para o exame toxicológico que, apesar de se basear em números de “cut-off” bastante precisos, obedecem a protocolos que são confiáveis mas não são únicos, não são

universalmente aceitos e não são necessariamente obrigatórios. O resultado “positivo” é de absoluta segurança quanto ao consumo recente do alcaloide da droga objeto do teste. Mas o resultado “negativo” não o é, pois dependerá de fatores como quantidade consumida, qualidade da droga, período de tempo entre a ingestão e a coleta de urina, e o metabolismo do usuário. Todos esses dados são altamente relevantes, mas totalmente desconhecidos do perito (e também do delegado, do promotor, do juiz). Se o número estiver bastante próximo, mas abaixo, do “cut-off”, o laudo atestará “negativo”, quando algum uso de droga o examinado fez. Isso pode gerar dúvidas e decisões variáveis de pessoa para pessoa, o que, afinal, pode ser absolutamente decisiva no contexto da prova.

Também será uma decisão pessoal do juiz que resolver recusar o “negativo” pericial e levar em conta o dado laboratorial – e não as conclusões dos peritos¹¹, sacrificando o protocolo em função da dinâmica dos fatos que desponta das versões das pessoas envolvidas. Creio que esse tipo de análise vai penetrando nas frestas daquilo que se convencionou chamar de “verdade real”.

Essas observações não se aplicam apenas a questões de prova, de uma análise fática casual, que afinal de contas é exclusiva, diria mesmo artesanal. O Código Penal é uma lei genérica e abstrata, e foi elaborado utilizando-se de critérios subjetivos. Não foi por critérios matemáticos que se estipulou a pena do furto simples entre 1 e 4 anos de reclusão, pois poderia ser de 7 meses a 3 anos.

11 O que é expressamente permitido pelo CPP, em seu artigo 182.

Se o furto é praticado durante o repouso noturno, aumenta-se de um terço, mas poder-se-ia perfeitamente falar em um quarto, um quinto, um sexto. Aliás, a causa de aumento de pena poderia nem mesmo estar prevista expressamente; acho que se for revogada, ninguém vai nem perceber.

Os princípios do processo são todos questionáveis, e no sentido sugerido neste texto, subjetivos. O processo penal está baseado em três deles – obrigatoriedade, indivisibilidade e indisponibilidade da ação penal –, que a vida real tem dado provas diárias de que são apenas relativamente verdadeiros.

Voltando aos antecedentes, é imprescindível esclarecer a folha penal, ocorrência por ocorrência, e “julgar” cada crime ali constante, não para condenar ou absolver, por óbvio, mas para avaliar o que a vida progressa¹² criminal do acusado tem a dizer para a causa em apreciação.

Não é aceitável que uma pessoa que esteja respondendo a cinco ou seis processos se sente no banco dos réus com a mesma tranquilidade de quem nunca respondeu a nenhum. É intuitivo que isso fere outro princípio tão caro quanto o da presunção da inocência: o da isonomia. Seria absurdo não diferenciar o voo retilíneo dos beija-flores e o voo trôpego dos morcegos.

É da lição de Roberto Lyra (1958, p. 222):

12 Pondera-se, por mais óbvio ainda que possa parecer, que antecedentes só podem ser passagens já registradas antes do crime do qual está sendo acusado. Nesse sentido: HC 97.504.

Não é necessário consultar bibliografias para fixar em que medida o agente se afastou das normas condicionadoras do equilíbrio da sociedade ou dos sentimentos e das ideias fundamentais à sua vida. [...] É a própria sociedade que cria e transmite o sistema métrico moral. Este não está nos livros, mas na realidade da vida de que o juiz participa, recebendo, no entanto, uma visão mais geral das fraudes e das violências¹³. (LYRA, 1958, p. 222).

Não seriam nenhuma blasfêmia jurídica, ou mesmo uma heresia, entender que até um inquérito arquivado, uma desclassificação ou absolvição podem, ainda que excepcionalmente, valer como antecedentes. Afinal, absolvição devido à falta de provas não significa que o sujeito foi inocentado, e sim que pairou uma dúvida que o beneficiou para fins concretos, mas que não se dissipou em termos intelectuais: o réu não foi tido como culpado, mas tampouco como inocente. É um empate que lhe favorece, mas não deixa de ser um empate. Um arquivamento pode ter ocorrido por motivos de prescrição, decadência do direito de representação, ou algum outro aspecto que pode não merecer ser desconsiderado num estalar de dedos.

Desprezar, *tout court*, uma sentença absolutória, sem conhecer suas razões, seria desprezar todo um fato jurídico complexo e de relevância: um processo penal por inteiro, com começo, meio e fim, que pode e deve ser conhecido um pouco mais a fundo¹⁴.

¹³ Na época de Lyra, o Código Penal falava em “personalidade”, como hoje, mas não em “conduta social”. Hoje a lei fala em “culpabilidade”, e antes, “grau da culpa”.

¹⁴ Nessa pesquisa podem surgir detalhes bem interessantes, como o concurso com os mesmos réus que respondem aos processos em julgamento – corréus esses que o acusado afirmou desconhecer.

Na pior das hipóteses para o réu, se uma ação penal em curso for havida como “antecedente” hábil para majorar a pena, e sua pretensão punitiva for afinal julgada improcedente, o réu dispõe do mecanismo da revisão criminal (CPP, art. 621, I). E também aqui é necessário se conhecer melhor as razões absolutórias da sentença. Sugiro que o simples fato da absolvição possa ter o condão, mas não automático, de apagar os efeitos causados por si, à guisa de antecedente.

3 A Questão Hermenêutica e a Definição de Antecedentes

Se todas essas considerações não prevalecerem, volta-se à questão hermenêutica, que é aquela que se empenha em conferir conteúdo à expressão legal em análise.

Em outras palavras, diante das reflexões feitas até agora, torna-se necessário esclarecer afinal o que “antecedentes” são, sob pena de tornar letra morta a expressão legal, ou de prestigiar a cultura da pena mínima: cultura essa que claramente tende a maltratar outro princípio jurídico, que é o da legalidade. Os profissionais que militam na área criminal sabem que, mesmo quando todas ou quase todas as circunstâncias são desfavoráveis ao réu, a fixação da pena acaba ficando em torno da média da pena abstratamente prevista, ou menos. Não existe pena máxima ou próxima do máximo. A pena máxima é vista como de um escândalo, quase uma ilegalidade.

Já foi dito neste estudo que antecedentes não são condenações passadas em julgado, nem considerações subjetivas sobre o estilo de vida como um todo do acusado. Pois se não são

atos de indiciamento, ações ajuizadas e sentenças recorríveis, o que serão?

Buscou-se resposta em acórdãos mais exigentes, que rechaçavam o raciocínio proposto neste artigo, e nada foi encontrado.

Os precedentes que conduziram à elaboração da Súmula nº 444 do STJ foram os seguintes: R.Esp. 89854, HC 81866, HC 106089, HC 142241, HC 96670, HC 128800, HC 97857, R.Esp. 730352, HC 1500266.

Cada um deles, por sua vez, faz remissão a outros mais, do próprio STJ e também do STF, em uma atividade remissiva que foi se multiplicando. Esta pesquisa não esgotou totalmente o assunto, mas foram analisados um total de 36 (trinta e seis) acórdãos e, desses:

- a) 19 rechaçaram a viabilidade de que inquéritos e ações pudessem constituir maus antecedentes (HC 106.089, HC 128.800, HC 97.857, R.Esp. 730.352, HC 150.266, HC 97.504, HC 69.289, R.Esp. 799.061, R.Esp. 761.214, HC 53.069; HC 675.463; HC 745.530; HC 960.066; HC 38.367; HC 33.942; R.Esp. 565.867; HC 21.238; HC 29.953; R.Esp. 304.521);
- b) 12 rechaçaram não somente a aplicação da circunstância maus antecedentes, mas também as de conduta social e/ou personalidade (HC 81.666, HC 142.241, HC 96.670, HC 130.641, HC 52.069, HC 52.697, HC 130.235,

HC 100.848, HC 91.135, R.Esp. 730.352; HC 898.854; HC 49.481¹⁵).

O HC 102.943 negou a possibilidade de “inquéritos policiais ou ações penais em andamento (inclusive sentenças, não transitadas em julgado)” elevarem a pena-base, mas não especificou se a título de antecedentes, conduta social, personalidade, ou tudo isso junto.

No HC 76.148, a relatora, Min. Maria Thereza de Assis Moura, ponderou que “conduta social desajustada” poderia traduzir o comportamento de alguém “que não se dedica ao trabalho, entregando-se ao ganho proveniente do crime”. Todavia, desconsiderou-o no caso concreto, porque o crime era justamente o que o réu respondia.

Se tais fatos não serviram para o fim de cristalizar os maus antecedentes, em igual medida, também não podem ensejar o acréscimo pela conduta social, sob pena de se violar a presunção de inocência, de maneira indireta. (HC 76.148, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Concluiu o voto, de maneira levemente confusa.

No R.Esp. 897.876/RS, assim ficou redigida parte do voto do Relator, Min. Felix Fischer:

[...] inquéritos e processos em andamento não configuram maus antecedentes, sendo inadequada sua valoração em sede de conduta social ou culpabilidade (logo, com maior razão, tal fato

15 Na verdade, os HC 898.854 e 49.481 não aceitaram que antecedentes pudessem macular a pena a título das circunstâncias da personalidade e conduta social, não antecedentes propriamente ditos.

não poderia justificar o aumento da pena-base, a não ser se já devidamente apurado, com condenação transitada em julgado e não sendo hipótese de reincidência, caso em que a valoração se daria na segunda etapa da dosimetria da pena). (R.Esp. 897.876/RS).

Como é possível um mau antecedente que constituiria uma condenação transitada em julgada mas que, ao mesmo tempo, não fosse fator de reincidência? Como o acórdão não desenvolve o raciocínio, especula-se: será por obséquio do artigo 64, I, do Código Penal? Após cinco anos do cumprimento da pena ou extinção da punibilidade, a condenação transitada em julgado deixaria de caracterizar reincidência – mas poderia caracterizar mau antecedente? Se sim, até quando? Se não, qual é a orientação do Ministro Relator do citado processo?

O HC 31.693 poderia servir de referência para a elucidação da dúvida:

Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP).

Assim, somente se houvesse cometido o crime - pelo qual restou condenado na sentença ora em exame - antes de transitar em julgado a condenação pelo crime de furto anteriormente praticado, é que, embora tecnicamente primário, poderia ter contra si desencadeados os efeitos dos maus antecedentes. (HC 31.693).

Mas esses dois parágrafos estão em franco descompasso. Um diz uma coisa, outro diz outra. O primeiro faz a mesma afirmação confusa do R.Esp. 897.876, considerando como mau

antecedente uma condenação transitada em julgado que não seja reincidência – o que não se sabe o que possa ser.

Já o segundo parágrafo afirma exatamente o que está a afirmar este artigo: mau antecedente é um crime em tese cometido entre a prática de um crime anterior e o trânsito em julgado condenatório deste. Nada mais simples do que chegar a essa conclusão. O acórdão chegou a ela, e decidiu de modo contrário.

Curioso notar a construção da expressão “tecnicamente primário” esboça uma outra primariedade, “não técnica”. Qual é a diferença entre ambas? Quando o assunto é primariedade, ou o sujeito é ou não é, não há gradações¹⁶. Mas quanto a antecedentes, há muitas gradações possíveis. Será que a expressão “tecnicamente primário” não significa o reconhecimento judicial dos antecedentes, proveniente de decisão que ainda não transitou em julgado? Desconfio seriamente que sim.

Um último acórdão merece destaque especial. No HC 39.515, o Relator, Min. Arnaldo Esteves Lima, não desprezou o fato de que o réu respondia a quatro processos por roubos a mão armada, em concurso de pessoas, praticados em dias diversos. Asseverou que antecedentes não se confundem com primariedade; que o princípio da presunção de inocência “não é absoluto”; que seria “um despropósito” equiparar uma vida delituosa habitual a outra cujo ilícito foi um evento isolado, o que feriria o princípio da isonomia ou igualdade real.

¹⁶ A não ser em uma hipótese inaudita em que venha a cometer crime no exato momento – ano, mês, dia e hora – em que foi certificado o trânsito em julgado de condenação anterior.

Sua fundamentação dirigia-se no mesmo sentido do sugerido neste artigo mas, no derradeiro parágrafo, o voto abriu um enorme “contudo”, rendeu-se a duas decisões da própria Corte, ressaltou ponto de vista pessoal e concedeu a ordem. O julgamento foi unânime.

Portanto, mesmo aqueles que insistem em pensar diferente já se entregaram ao entendimento hoje consolidado que, por sinal, está a cada dia mais minguaado em termos de fundamentação. Os Tribunais vêm apenas fazendo remissões a julgados anteriores, e batendo o martelo, sem preocupação de verificar se os precedentes traziam fundamentação suficiente, ou se apenas faziam remissões a julgados mais anteriores ainda. Nelson Hungria chamava tal atividade de “esponja”¹⁷.

Em suma, todos os julgados do STJ que levaram à elaboração da Súmula nº 444, além dos anteriores que lhe inspiraram, bem com os mais recentes do STF, não disseram o que são antecedentes (ou maus antecedentes) criminais, mas deram respostas desconstrutoras, ou seja, disseram o que não são, e mesmo assim sem justificativas mais fundamentadas do que remissões a julgados pretéritos, ou com referências brevíssimas e algo axiomáticas ao princípio da presunção da inocência. Em nome desse princípio, abusou-se, isso sim, de uma petição de princípio.

17 N. Hungria (1953, p. 64-66) é bastante duro com o “juiz fetichista da jurisprudência”, “burocrata”, “de fichário e catálogo”, que “se põe genuflexo diante dos repertórios jurisprudenciais como se fossem livros sagrados de alguma religião cabalística”, e cuja alma “se estiola e resseca, impassível aos dramas que vêm epilogar nas salas dos tribunais”.

Tem-se que o tema esteja formalmente consolidado, mas não verdadeiramente pacificado. O presente artigo foi escrito para reagir e, com o devido respeito, acusar a Súmula nº 444 de não ter respondido à dúvida levantada em seu título. No começo deste texto, foi dito que uma faca não é um livro e vice-versa. Tentou-se precisar o que “maus antecedentes” são e o que não são. O e. STJ o fez com toda a sua autoridade, mas só pela metade, e mesmo assim de maneira que, deixou e muito a desejar.

4 Conclusão

As conclusões a que se chega, após a análise de todas as circunstâncias examinadas, são as seguintes:

- a) Antecedentes são passagens de natureza estritamente criminal, e não todo e qualquer evento na vida pessoal do acusado. Acontecimentos em geral dizem respeito à conduta social ou personalidade, e nem um nem outro se confundem com antecedentes.
- b) A existência de antecedentes é fato objetivo, a ser revelado pela folha penal ou documento idôneo.
- c) Se existirem antecedentes, eles podem ser “maus” ou “péssimos”. Essa avaliação é subjetiva e depende de fundamentação do magistrado. É também possível que a sentença julgue o antecedente “neutro”, ou seja, existente, mas não merecedor de majoração da pena.
- d) “Maus antecedentes”, portanto, são fruto de um dado objetivo (a existência de antecedentes criminais) e uma avaliação subjetiva (que os antecedentes sejam ruins).

- e) Não existem “bons antecedentes”. Se o sujeito não tiver qualquer ocorrência pretérita, ele não tem antecedente nenhum. Uma coisa que não existe não pode ser boa. A sentença deve registrar que o réu não tem antecedentes, e não que eles sejam bons.
- f) Mesmo que haja quantidade considerável, os antecedentes devem ser verificados e esclarecidos um a um, e não sopesados no “conjunto da obra”, qual uma generalização descuidada.
- g) O antecedente só vale até que transite em julgado a sentença condenatória, quando passa a vigorar a título de reincidência. A mesma ocorrência não pode ser, ao mesmo tempo, antecedente e fator de reincidência. Do contrário, um único crime aumentaria a pena duas vezes, em dois momentos distintos da dosimetria.
- h) Antecedentes são: indiciamento em inquéritos policiais; ajuizamento de ação penal; sentença recorrível.
- i) Inquéritos arquivados e processos absolutórios podem funcionar como antecedentes, ainda que excepcionalmente, dependendo da maneira exata como foram encerrados, ou seja, se houve efetiva apreciação do mérito que reconheceu ou não a culpabilidade do infrator. Isso também depende de análise mais pormenorizada e devidamente fundamentada de cada ocorrência.
- j) Embora a matéria seja objeto de súmula do e. STJ (444), a fundamentação utilizada em sua redação, como também

nos precedentes, é insuficiente, pois apenas apontam para ferimento ao princípio da presunção da inocência, sem maiores explicações.

- k) STJ afirmou o que “maus antecedentes” não são, mas não afirmou o que realmente são. A dúvida que deu nome ao título deste artigo não foi esclarecida.

Title: What Does Criminal Record Mean, After All?

Abstract: This article discusses the subject of the “criminal record”, a criminal law issue quite old and yet not quite well explained and understood. The aim is to review the topic, regarding Summula 444 by High Court of Justice of Brazil (STJ) and the previous judgments of STJ and also Supreme Court of Brazil. The text points out to several inconsistencies of about forty decisions and the composition of the summula itself, and also proposes a definition. By the own organic nature of criminal procedure law, the argument of the article manages to deal with connected subjects, such as the application of legal principles and the intrinsic validity of the judiciary evidence.

Keywords: Criminal. Law Procedure. Criminal Record. Concept.

Referências

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 1984.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia das formas simbólicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. v. 1.

_____. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. 4. ed. São Paulo: Cosacnaify, 2013. v. 1.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 1, t. 1.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5 ed. rev. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 1983.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

STOCO, Ruy. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEMOS JÚNIOR, Ivaldo. Afinal, o que são maus antecedentes? *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p.187-219, 2013. Anual.

Submissão: 15/05/2013

Aceite: 05/08/2013