

**MAUS ANTECEDENTES E A DECISÃO DO STF NO HC N° 162305/SP, DE 27/09/2018 - Fábio Bergamin Capela**

O Juiz de Direito de Comarca de Entrância Final, **Dr. Fabio Bergamin Capela**, escreveu sobre os maus antecedentes.

Confira-se, então, o texto intitulado "**MAUS ANTECEDENTES E A DECISÃO DO STF NO HC N° 162305/SP, DE 27/09/2018**", de autoria do citado Magistrado:

O presente artigo tem por finalidade analisar o recente julgamento (27/09/2018) do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n° 1162305/SP.

Na referida decisão, concluiu-se que condenação anterior não pode ser considerada maus antecedentes para aumentar a pena-base (primeira etapa da dosimetria da pena) caso tenham se passado 5 (cinco) anos entre o cumprimento ou a extinção da pena e a data do novo crime.

Para tanto, deve-se enfrentar duas questões: antes, saber o que vem a ser maus antecedentes e como se comprova nos autos para, posteriormente, analisar-se o objeto principal do mencionado julgamento do STF, que é a questão temporal, ou seja, por quanto tempo uma pessoa pode ser considerada como portadora de maus antecedentes.

**a) O que são maus antecedentes:**

Tem-se entendido tradicionalmente que antecedentes vêm a ser a vida pregressa do agente representada nos registros criminais. Os fatos ocorridos antes da prática do tipo de injusto pelo qual está sendo condenado.

Como é sabido, por decorrência do princípio da presunção de inocência (CR, art. 5°, LVII),

inquéritos em andamento ou arquivados, ações penais com absolvição, sentenças declaratórias de extinção da punibilidade, assim como sentenças condenatórias que ainda não transitaram em julgado não implicam em maus antecedentes.

Seria uma falta de coerência jurídica concluir, por exemplo, que uma sentença absolutória pudesse gerar algum prejuízo ao réu, aumentando sua pena, pois emprestar relevo a sentenças absolutórias como justificativa de maus antecedentes, além de violar o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência), denigre a própria imagem que os Juízes têm de si próprios, desmoralizando o Poder de que fazem parte, pois *"foi a própria Justiça que entendeu ser o acusado inocente naqueles casos passados"* (THOMPSON, 2007: 92).

Acertadamente os Tribunais Superiores (STJ e STF) entendem que só uma condenação que tenha transitado em julgado é que pode gerar maus antecedentes, autorizando a elevação da pena-base.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO MAJORADO NA FORMA TENTADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESVALOR DOS ANTECEDENTES COM BASE EM ANOTAÇÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. SÚMULA N. 444/STJ. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não*

*culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado da Súmula n. 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base." 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ. AgRg no HC 425.041/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 02/10/2018, dje 16/10/2018) (Sem grifos no original).*

Tal entendimento é sumulado na referida Corte:

**"Súmula 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".**

O Supremo Tribunal Federal, na mesma toada, decidiu em Repercussão Geral em Recurso Extraordinário:

**"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, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-037 divulg 25-02-2015 public 26-02-2015) (Sem grifos no original).

Merece parêntesis aqui a seguinte observação: quando do julgamento dos *Habeas Corpus* 94.620 e 94.680, em 24/06/2015, os quais estavam sobrestados justamente para esperar a decisão em Repercussão Geral do RE 591.054, o entendimento firmado pelo STF na Repercussão (necessidade do trânsito em julgado) foi aplicado<sup>1</sup>, porém, em razão de alteração de posicionamento pessoal e das discussões dos Ministros, antecipou-se que, num

próximo julgamento, deveria ser revista a jurisprudência da Corte. Não obstante o aviso, a jurisprudência do STF continuou perfilhando a mesma conclusão da Repercussão Geral do RE 591.054, conforme se observa dos seguintes arestos:

**"(...)** 4. **A Segunda Turma tem afastado a consideração das ações penais e investigações em andamento como circunstância desfavorável, conforme RHC 117.095, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13.9.2013; e RHC 113.381, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 20.2.2014"** (STF, HC 122940, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, processo eletrônico dje-082 divulg 20-04-2017 public 24-04-2017) (Sem grifos no original).

**"(...)** 7.1. **O Pleno do STF, ao julgar o RE 591.054, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou orientação no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.** 7.2. **Para efeito de aumento da pena, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional"** (STF. HC 151431, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20/03/2018, processo eletrônico dje-088 divulg 07-05-2018 public 08-05-2018) (Sem grifos no



*original*).

Representaria um pequeno avanço caso se exigisse não somente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como também que a pena anteriormente imposta fosse realmente privativa de liberdade, em quantidade superior ao aumento de pena aplicado em decorrência do reconhecimento desta circunstância judicial desfavorável.

Assim, caso a pena anteriormente aplicada fosse apenas de multa, não geraria maus antecedentes. Do mesmo modo, se, por exemplo, a pena anteriormente imposta fosse de 6 (seis) meses, este *quantum* deveria ser levado em consideração como limite máximo de acréscimo à pena que se está fixando, sob pena de se dar mais importância ao acessório (maus antecedentes) em detrimento do principal (pena anteriormente imposta).

Também representaria algum avanço caso se exigisse alguma ideia de correlação entre o tipo de injusto anteriormente praticado e o posterior. Por exemplo, não existe razão lógica para se considerar maus antecedentes uma condenação anterior por um tipo imprudente (culposo), pois não há qualquer intenção na prática delitiva. Consequentemente, apenas condenações anteriores e posteriores embasadas no elemento subjetivo *dolo* poderiam autorizar que se considerasse a condenação anterior como maus antecedentes.

De qualquer modo, mesmo que não aceitas estas últimas considerações, deve-se exigir sempre que a condenação anterior tenha transitado em julgado, conforme posicionamento das Cortes Superiores, acima transcrito.

**b) Como se comprovam os maus antecedentes nos autos:**

Quanto à comprovação nos autos da existência de uma sentença transitada em julgado contra o réu, doutrina e jurisprudência possuem entendimentos diferentes.

A orientação doutrinária é no sentido de que somente por certidão cartorária expedida pelo escrivão, da qual constam todos os dados de forma precisa (nome do réu, tipo penal, quantidade de pena imposta, data da sentença, data do trânsito em julgado e data do cumprimento ou da extinção da pena), é que seria possível reconhecer a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado contra o réu, conforme ensina PAGANELLA BOSCHI (BOSCHI, 2004: 204).

Nesse mesmo sentido são as lições de ROGÉRIO GRECO (GRECO, 2012: 174) e LUIZ FLÁVIO GOMES (GOMES, 2007: 741)<sup>2</sup>.

Porém a orientação dos Tribunais Superiores (STJ e STF) é de que basta folha de antecedentes criminais (expedida pelo Instituto de Identificação do Estado) para tal comprovação:

*"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO (44 PORÇÕES DE CRACK). CERTIDÃO CARTORÁRIA JUDICIAL PARA COMPROVAR OS MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DESNECESSIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido. 2. Agravo regimental improvido"* (STJ. AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015) (Sem grifos no original).

**"HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA COMPROVADA. VALIDADE DA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EXPEDIDA PELO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL PARA ESSE FIM. PRECEDENTE DA CORTE. ORDEM DENEGADA. (...). IV - A folha de antecedentes criminais expedida pelo Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul é formal e materialmente idônea para comprovar a reincidência do paciente, porquanto contém todas as informações necessárias para tanto, além de ser um documento público, com presunção iuris tantum de veracidade"** (STF. HC 103969, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010, dje-190 divulg 07-10-2010 public 08-10-2010 ement vol-02418-04 pp-00752 rjp v. 6, n. 36, 2010, p. 109-112 rsjadvez., 2010, p. 43-46) (Sem grifos no original).

Tornou-se corriqueira, na prática forense, a demonstração dos registros de antecedentes do réu por meio de folhas de antecedentes criminais expedidas, na maioria das vezes, pelo Instituto de Identificação dos Estados, operacionalizado pela Polícia Civil.

No Paraná, em específico, é a Secretaria de Segurança Pública que alimenta os dados disponibilizados pelo Instituto de Identificação, os quais podem ser consultados por meio de acesso ao programa de informática denominado "Oráculo".

Tendo em consideração o número de inexatidões por vezes encontradas nas folhas de antecedentes, duplicidade de registros e ausência de atualizações, o extrato disponibilizado pelo "Oráculo" não deveria tornar desnecessária a certidão cartorária, pois seu objetivo deveria ser a otimização da busca de certidões criminais (em vez de pedir certidões de todas as Varas Criminais

do Estado, seriam requisitas somente àquelas que apresentam registros positivos).

De qualquer sorte, como já dito, o posicionamento jurisprudencial das Cortes Superiores contenta-se com as fichas de antecedentes criminais ("Oráculo"), no que difere da doutrina, que não dispensa a certidão cartorária para a comprovação da existência de sentença condenatória transitada em julgado.

**c) Temporariedade do registro de maus antecedentes:**

Por fim, chega-se à questão suscitada no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 1162305/SP, de 27/09/2018, que chamou atenção da comunidade jurídica<sup>3</sup> por concluir que condenação anterior não pode ser considerada para registro de maus antecedentes, apto a fundamentar o aumento da pena-base, caso tenham se passado 5 (cinco) anos entre o cumprimento ou a extinção da pena e a data do novo crime:

*"(...) a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que, decorridos mais de cinco anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. (...). Consoante registrado no voto-condutor, ressalto que a Constituição Federal veda expressamente, na alínea "b" do inciso XLVII do artigo 5º, as penas de caráter perpétuo. Tal dispositivo suscita questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. Ora, a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem*



*verdade, mostra-se pena de caráter perpétuo revestida de legalidade. Dessa forma, entendo que, decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. (...)" (STF. HC 162305, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/09/2018, publicado em processo eletrônico dje-208 divulg 28/09/2018 public 01/10/2018) (Sem grifos no original).*

Adianta-se já que este entendimento não é novidade nas Cortes Superiores, conforme se constata dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 2227/MG de 18/12/1992, e do Supremo Tribunal Federal, no RHC 118977/MS de 18/03/2014 e no HC 126315/SP de 15/09/2015.

Pois bem. Esta é a questão que deve ser enfrentada: o limite temporal dos maus antecedentes.

A reincidência conta com lapso temporal de 5 (cinco) anos para que seja considerada para a finalidade de caracterizar agravante penal. Já os maus antecedentes não contam com similar limitação legal.

A Constituição da República veda, em seu art. 5º, XLVII, "b", a prisão perpétua. Consequência lógica é que não somente a pena perpétua esteja proscrita como, também, toda e qualquer repercussão sancionatória penal que não conte com limitação temporal.

Ensina ZAFFARONI:

*"Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve 'pagar a sua culpa', isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas*

*não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo 'marcado', 'assinalado', estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo" (ZAFFARONI, 2011: 673).*

Por tais considerações é que JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (SANTOS, 2008b: 572), SALO DE CARVALHO (CARVALHO, 2008: 52) e PAGANELLA BOSCHI (BOSCHI, 2004: 204) advogam a ideia da aplicação analógica do prazo de 5 (cinco) anos da reincidência para o reconhecimento dos maus antecedentes.

Em uma análise sistemática da ordem jurídica, seria possível estipular um prazo razoável, utilizando-se de analogia em relação ao único lapso fixado para um dispositivo semelhante aos antecedentes, qual seja, a reincidência. Sugere-se, por conseguinte, que, por interpretação analógica *in bonam partem*, utilize-se o prazo de 5 (cinco) anos previsto no Código Penal (art. 64, I), para a limitação temporal de resultados provenientes dos maus antecedentes.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos acima transcritos adotaram o mesmo entendimento a respeito da temporariedade dos efeitos dos maus antecedentes.

A virtude deste posicionamento é que pode ser encarado como uma tentativa de minimizar um pouco a consagração da estigmatização que gera no réu (círculo vicioso do crime). Isto porque a circunstância judicial referente aos antecedentes criminais é uma grande mácula ao próprio discurso oficial do Direito Penal, que tem como funções declaradas ou manifestas da pena as ideologias "re", expostas pela prevenção especial positiva ("ressocialização", "reinserção social", etc.), na medida em que, precisamente em razão de seu

caráter constitutivo, garante que o réu se torne cativo do sistema punitivo.

O pensamento contrário, ou seja, a ilimitação temporal dos maus antecedentes, não apresenta razoabilidade, já que qualquer exercício de hermenêutica deve atentar para os valores constitucionais vigentes, sobretudo a já citada vedação de prisões e seus correspondentes de caráter perpétuo (CR, art. 5º, XLVII, "b"). Se a própria reincidência, que é uma agravante, apresenta limitações temporárias expressas, não há razão para se conceder irrestrições aos antecedentes criminais.

1 "PENAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DE PENA-BASE. LATROCÍNIO. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DESRESPEITO. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I - **Inquéritos ou processos em andamento, que ainda não tenham transitado em julgado, não devem ser levados em consideração como maus antecedentes na dosimetria da pena.** II - Ordem concedida" (STF. HC 94680, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2015, acórdão eletrônico dje-236 divulg 23-11-2015 public 24-11-2015) (Sem grifos no original).

"PENAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DE PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PREMEDITAÇÃO. MOMENTO DE ANÁLISE. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DESRESPEITO. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I - **O magistrado, ao fixar a pena-base dos pacientes, observou fundamentadamente todas as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, o que justifica o quantum acima do mínimo legal.** II - A premeditação é analisada quando da fixação da pena-base, tal como ocorreu na espécie. III - **Inquéritos ou processos em andamento, que ainda não tenham transitado em julgado, não devem ser levados em consideração como maus antecedentes na dosimetria da pena.** IV - Ordem concedida" (STF. HC 94620, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2015, acórdão eletrônico dje-236 divulg 23-11-2015 public 24-11-2015) (Sem grifos no original).



2 As observações indicadas pelos dois autores quanto à forma de comprovação da reincidência devem ser aplicadas também aos maus antecedentes, pois possuem o mesmo requisito de existência (sentença condenatória transitada em julgado):

"Comprova-se a reincidência mediante certidão expedida pelo cartório criminal, que terá por finalidade verificar a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória anterior" (GRECO, 2012: 174).

"Como se prova a reincidência? Por certidão cartorária, que aponte a data exata do trânsito em julgado da sentença precedente. A jurisprudência também tem admitido como prova certidão do INI (Instituto Nacional de Identificação Criminal - Polícia Federal). Mas sempre é relevante saber a data do trânsito em julgado da sentença precedente" (GOMES, 2007: 741).

3 Tanto que houve até matéria no site CONJUR com o título "Após 5 anos do fim da pena, condenado não tem mais maus antecedentes" (<https://www.conjur.com.br/2018-out-23/condenado-volta-bons-antecedentes-anos-fim-pena>).

4 "RHC - Direito Penal - Reincidência - Antecedentes - O art. 64, I, CP determina que, para efeito de reincidência, **não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a 5 (cinco) anos.** O dispositivo se harmoniza com o direito penal e criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. **Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se ausência de periculosidade, denotando, em princípio criminalidade ocasional.** O condenado quita sua obrigação com a justiça penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para **recrudescer a sanção aplicada**"

(STJ. RHC 2227/MG, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/1992, DJ 29/03/1993, p. 5267) (Sem grifos no original).

5 "(...). 2. **Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes.** 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido" (STF. RHC 118977, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, processo eletrônico dje-067 divulg 03-04-2014 public 04-04-2014) (Sem grifos no original).

6 "(...) 4. **Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.** 5. **Direito ao esquecimento.** 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida" (STF. HC 126315, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, processo eletrônico dje-246 divulg 04-12-2015 public

07-12-2015) (*Sem grifos no original*).

7 “Note-se que os antecedentes, além de fornecer uma graduação à pena decorrente do histórico de vida do acusado, representam um gravame penalógico eternizado, em total afronta aos princípios constitucionais referidos (princípio da racionalidade e da humanidade das penas). Assim, cremos urgente instituir sua temporalidade, fixando um prazo determinado para a produção dos efeitos impostos pela lei penal. O recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência –, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal” (CARVALHO, 2008: 52).

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? o crime e o criminoso: entes políticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

